Robert Alexy

Derechos sociales y ponderación

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

Robert Alexy, *Derechos sociales y ponderación*

1

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Antonio Pau

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón
Manuel Atienza
Francisco José Bastida
Paloma Biglino
Pedro Cruz Villalón
Jesús González Pérez
Liborio L. Hierro
Antonio Manuel Morales
Celestino Pardo
Juan José Pretel
Carmen Tomás y Valiente
Fernando Vallespín
Juan Antonio Xiol

Gerente

Mª Isabel de la Iglesia

Derechos sociales y ponderación

2ª edición

Edición a cargo de Ricardo García Manrique

Robert Alexy

Derechos sociales y ponderación

Con la colaboración de:

Robert Alexy
Francisco J. Bastida
Juan Antonio García Amado
Alfonso García Figueroa
Ernesto Garzón Valdés
Liborio L. Hierro
José Juan Moreso
Celestino Pardo
Gregorio Peces-Barba

(edición a cargo de Ricardo García Manrique)

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

© 2009 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Robert Alexy, Francisco J. Bastida, Juan Antonio García Amado, Alfonso García Figueroa, Ernesto Garzón Valdés, Liborio L. Hierro, José Juan Moreso, Celestino Pardo, y Gregorio Peces-Barba.

I.S.B.N.: 978-84-612-1228-6

Depósito Legal: M-43445-2009

1ª Edición 2007

2ª Edición 2009

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

Presentación (R. García Manrique) 13

I. Sobre los derechos constitucionales a protección (R. Alexy) 45

1. La expansión de los derechos constitucionales 46

2. El concepto de derecho a la acción positiva del estado 50

3. Derechos a protección y el problema del exceso de constitucionalización 52

4. Alternatividad 54

5. La pregunta fácil: violación del derecho de defensa 56

5.1. Adecuación y necesidad 57

5.2. Proporcionalidad en sentido estricto 58

6. La pregunta más difícil: violación del derecho a protección 66

7. Discrecionalidad 78

7.1. Discrecionalidad para la selección de medios 79

7.2. Discrecionalidad para la fijación de fines .. 80

II. Reflexiones sobre los derechos sociales (G. Peces-Barba) 85

III. ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? (F. J. Bastida) 103

1. La "fundamentalidad de los derechos fundamentales" 105

1.1. Fundamentalidad externa (metajurídica) .. 105

1.2. Fundamentalidad interna (jurídica) 111

2. Fundamentalidad de los derechos y sistema constitucional democrático 119

2.1. La selección de expectativas individuales y sociales y su transformación en derechos fundamentales 119

2.2. Derechos fundamentales y organización jurídica de la democracia 123

3. Los derechos fundamentales en la Constitución Española 131

3.1. Dignidad humana y derechos fundamentales. Su función programadora en una constitución democrática 131

3.2. El carácter fundamental de los derechos fundamentales y su manifestación en la Constitución Española. El sentido de la no fundamentalidad de los derechos sociales 136

IV. Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy (E. Garzón Valdés) 151

V. Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy (L. L. Hierro) 163

1. Introducción 164

2. Supuestas diferencias entre los derechos individuales y los derechos económico-sociales 171

2.1. Sobre el pretendido carácter particular ("los derechos económico-sociales no son derechos universales") 174

2.2. Sobre el pretendido carácter relativo ("los derechos económico-sociales no son derechos absolutos o erga omnes") 178

2.3. Sobre el pretendido carácter *prima facie* ("los derechos económico-sociales no son derechos definitivos") 180

2.4. Sobre el pretendido carácter costoso ("los derechos económico-sociales no son derechos gratuitos ni baratos") 188

2.5. Sobre el pretendido carácter programático ("los derechos económico-sociales no son derechos justiciables") 194

3. Excurso: sobre los derechos que no son derechos 198

4. Los derechos económico-sociales en la dogmática de Robert Alexy 202

4.1. Los derechos a protección 204

4.2. Los derechos a organización y procedimiento 208

4.3. Los derechos a prestaciones en sentido estricto 212

4.4. Igualdad formal e igualdad material: la ponderación y la hipótesis del mínimo .. 215

5. Epílogo sobre el *Epílogo* y conclusiones 219

VI. Alexy y la aritmética de la ponderación (J. J. Moreso) 223

VII. El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica (J. A. García Amado) 249

1. Planteamiento 250

2. Los subprincipios de la ponderación y las condiciones de su uso 252

2.1. Sobre el subprincipio de idoneidad. Análisis de la Sentencia *BVerfGE 19, 330 - Sachkundenachweis* 252

2.2. Sobre el subprincipio de necesidad. Análisis de la Sentencia *BVerfGE 95, 173 - Warnhinweise für Tabakerzeugnisse* ... 271

2.3. Sobre el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Análisis de la Sentencia *BVerfGE 86, 1 - TITANIC/" geb. Mörder* 292

3. La esencial intercambiabilidad del método subsuntivo y el ponderativo 316

3.1. Decisión de conflicto de legalidad ordinaria presentada bajo forma subsuntiva ... 318

3.2. Decisión del *mismo* conflicto de legalidad ordinaria presentada bajo forma ponderativa 319

3.3. Decisión de conflicto entre derechos fundamentales presentada bajo forma subsuntiva 323

3.4. Decisión de conflicto entre derechos fundamentales presentada bajo forma ponderativa 326

VIII. ¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy (A. García Figueroa) 333

1. La distinción entre reglas y principios en el sistema de Robert Alexy 334

2. La tesis fuerte de la separación entre reglas y principios 338

3. Algunos problemas empíricos para la tesis fuerte de la separación entre reglas y principios: las excepciones principiales a las reglas en los estados constitucionales. El dilema del caballo de Troya y la paradoja de las teorías principialistas 345

4. Algunos problemas conceptuales de la tesis de la conformidad: la derrotabilidad jurídica es una propiedad disposicional y tiene bases éticas 353

5. Excepciones (relativas a la razón práctica) en el caso en cuestión 358

6. Conclusión 367

IX. Reivindicación del concepto de derecho subjetivo (C. Pardo) 371

1. El modelo combinado de reglas/principios .. 371

2. La ejecución de fines o valores 377

3. Necesidad de la ponderación 383

4. Los costes de la inestabilidad 387

5. Las particularidades del sistema español 390

6. ¿Leyes o medidas? 394

7. Derechos subjetivos *versus* intereses legítimos .. 397

8. Observaciones finales 402

PRESENTACIÓN

Ricardo García Manrique

1.

El libro que presento contiene las contribuciones al seminario "La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy", organizado por la fundación Coloquio Jurídico Europeo y celebrado en Madrid los días 8 y 9 de noviembre de 2004. El seminario se ocupó en particular de dos cuestiones capitales de dicha teoría: el lugar que en ella ocupan los derechos sociales y la ponderación como técnica de aplicación de las normas de derechos fundamentales. Ambas cuestiones aparecen vinculadas en el texto con el que se abre el libro, que recoge la conferencia inaugural que pronunció el propio Robert Alexy, y a su vez están desarrolladas por separado en los dos bloques temáticos en que se puede dividir el resto de la obra. Los profesores Bastida, Garzón, Hierro y Peces-Barba se ocupan de los derechos sociales; los profesores García Amado, García Figueroa, Moreso y Pardo lo hacen del juicio de ponderación.

La obra de Alexy, profesor de derecho público y filosofía del derecho de la Universidad de Kiel, ha ganado gran difusión e influencia en los últimos años, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica de habla hispana. Creo no exagerar si digo que, en ese ámbito, es uno de los tres iusfilósofos en activo más leídos, mejor conocidos y más citados, junto con Luigi Ferrajoli y Ronald Dworkin, y desde luego el que más de entre los de procedencia germánica[1]. Los tres, y no es casualidad, pueden ser considerados exponentes de eso que se ha dado en llamar neoconstitucionalismo, término con el que se designa una cierta comprensión del derecho occidental contemporáneo. El término no es ni mucho menos unívoco, como lo muestran, sin ir más lejos, las significativas diferencias que pueden observarse entre las ideas de Ferrajoli, por una parte, y las de Alexy o Dworkin, por otra; y como lo muestra también el hecho de que con él se designe a distintas posiciones teóricas, metodológicas e ideológicas sobre el derecho. Por eso, quizá sería más adecuado hablar de "neoconstitu-

[1] Tres libros muy significativos son: R. Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel, 1984; edición original de 1977), R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona, Gedisa, 1994; edición original de 1992); L. Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid, Trotta, 1995; edición original de 1989).

cionalismos". Pero incluso el recurso al plural exige algún tipo de caracterización general, que podría ser ésta: para los neoconstitucionalistas, la correcta comprensión del derecho occidental contemporáneo pasa por atender debidamente a la doble evolución que han experimentado las constituciones occidentales durante la segunda mitad del siglo XX: han aumentado su valor jurídico y sus contenidos materiales. Señal inequívoca de la primera tendencia es la creación de los tribunales constitucionales, que controlan la acción de todos los poderes del estado para garantizar la supremacía constitucional. Señal inequívoca de la segunda es la presencia en los textos constitucionales de valores, de fines y, sobre todo, de derechos. Esta evolución del valor jurídico y de los contenidos de las constituciones genera consecuencias de relieve para todo el sistema jurídico y, por tanto, para el modo en que debemos contemplarlo, valorarlo y trabajarlo.

Los cambios, que aquí sólo cabe apuntar, afectan al sistema de fuentes, en el que el texto y la jurisprudencia constitucionales ganan presencia y fuerza frente a las leyes; afectan al modo de interpretar las normas, porque el carácter material y abierto de las normas constitucionales requiere un tipo de razonamiento jurídico mucho más complejo que el tradicional; y afectan al modo de aplicarlas,

que a menudo requiere ponderar y no sólo subsumir. Todo ello implica, además, los correspondientes e imaginables cambios para el modo de desarrollar el conocimiento jurídico y, en fin, en la medida en que se supone que el derecho se ve impregnado por la moral, una distinta percepción de la relación entre uno y otra, que a su vez exige actitudes distintas, más deferentes hacia el derecho, de los juristas y de los ciudadanos. Que todo esto, en efecto, sea o deba ser así, es, no obstante, objeto de continua discusión.

Por todo ello, la mayor parte de los neoconstitucionalistas (con salvedades tan importantes como la de Ferrajoli) entiende que el positivismo jurídico ya no sirve para comprender el derecho de nuestros días; en el mejor de los casos, habría sido válido para el viejo estado de derecho legislativo, pero ya no para el moderno estado de derecho constitucional. Es decir, los neoconstitucionalistas no son positivistas o incluso son, como en el caso de Alexy, antipositivistas beligerantes. En definitiva, el neoconstitucionalismo sería un nuevo *paradigma* jurídico, que superaría no sólo al positivismo sino también al todavía más viejo iusnaturalismo, puesto que la dicotomía compuesta por el derecho natural y el derecho positivo habría sido también superada, y con ella todas sus consecuencias, dado que el derecho natural habría encontrado aco-

modo en la constitución y habitaría entre nosotros[2].

2.

La construcción de una teoría de los derechos fundamentales como la de Robert Alexy puede entenderse como uno de los pasos necesarios para dar cumplimiento a la promesa liberal de felicidad social, tan vieja ya como las revoluciones francesa o norteamericana de finales del siglo XVIII, inscrita en la Declaración de Independencia norteamericana de 1776 o en el Preámbulo de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y ahora renovada por las constituciones contemporáneas, todavía liberales por mucho que su liberalismo pueda ser adjetivado de uno u otro modo. La promesa

---

[2] Sobre el sentido del constitucionalismo y, en particular, sobre su oposición con el positivismo, me permito recomendar la exposición de L. Prieto, *Constitucionalismo y positivismo* (México, Fontamara, 1997); y también la de A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998). Una colección de ensayos recientees acerca del sentido del neoconstitucionalismo es la de M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta, 2003). Un libro que desarrolla típicamente la comprensión neoconstitucional del derecho es el de G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (Madrid, Trotta, 1995).

liberal está ahora documentada en los catálogos de derechos fundamentales de esas constituciones, cada vez más amplios y exigentes, catálogos cuya realización promete una sociedad justa en la que todos encuentren garantizado su bienestar y su autonomía en niveles equivalentes. Si se trata de una promesa factible, o sólo de un noble sueño, o, en el peor de los casos, de una nueva artimaña de los poderosos para perpetuar su posición de dominio, vendrá determinado, entre otras cosas, por la posibilidad de articular una interpretación unitaria, coherente y completa, y en última instancia moralmente satisfactoria, de los capítulos constitucionales en materia de derechos fundamentales[3].

Que esto es posible es lo que intenta demostrar la teoría de Alexy. Se trata de una teoría de los derechos fundamentales *de la Ley Fundamental de Bonn* que se apoya insistentemente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Ello no es óbice para que el libro que la expone sea un libro interesante para juristas españoles o de cualquier otro país, dadas las semejanzas existentes entre unas y otras constituciones

---

[3] Remedo aquí el título de un artículo de M. Jiménez Redondo, "¿Es posible una lectura unitaria y consistente de los capítulos de la constitución relativos a derechos fundamentales?" (*Doxa*, 5, 1988, págs. 107-138).

respecto del reconocimiento de derechos y, en particular, teniendo en cuenta la influencia del texto y la jurisprudencia constitucionales alemanes en sus correspondientes españoles. Además, el alto grado de abstracción de la teoría de Alexy, que es una teoría *general*, permite aplicarla en buena parte sin alteraciones a un marco jurídico diferente del germano. Su carácter dogmático, por una parte, y general, por otra, hacen confluir en la obra de Alexy los intereses de todo tipo de juristas, que pueden discutir juntos en un terreno común a todos ellos, mostrando así que la cultura jurídica todavía puede ser unitaria en buena medida.

3.

Desde un punto de vista técnico jurídico, el mecanismo principal, y pieza central, de la teoría de Alexy es el juicio de ponderación, del que hace uso desde hace décadas el Tribunal Constitucional alemán para resolver los conflictos entre derechos y que ha sido adoptado también por el nuestro sin mayores modificaciones. Su importancia es tal que podemos decir que la teoría funciona si la ponderación funciona, esto es, que el correcto funcionamiento de la ponderación es condición necesaria para obtener esa interpretación unitaria, coherente y completa de los derechos fundamentales a que antes me he referi-

do. Para Alexy, la mayoría de las normas de derecho fundamental, incluyendo en ella a las más importantes, son principios o mandatos de optimización, y no reglas:

> El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado (*Teoría*, pág. 86).

Esos "algos" a que se refiere Alexy pueden ser entendidos como estados de cosas constitucionalmente deseables, la realización de cada uno de los cuales debe ser maximizada y armonizada con la de todos los demás, puesto que unos y otros colisionan entre sí. Un ejemplo típico es el de la colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor. Ambos derechos expresan estados de cosas deseables que deben ser realizados en la mayor medida posible, pero que, al colisionar, deben ser convenientemente armonizados. Es éste un ejemplo al que Alexy se refiere en su libro a través del caso Titanic, resuelto por el Tribunal Constitucional alemán en 1992, un caso al que vuelve a recurrir en el texto que incluimos en este volumen, al

que también aluden Moreso y García Figueroa, y que analiza con detalle García Amado. De lo que se trata, obviamente, es de que el ejercicio de la libertad de expresión de un sujeto puede invadir el campo del derecho al honor de otro, luego ambos estados de cosas no pueden ser llevados a su máxima expresión al mismo tiempo. Por esta razón, las normas de derecho fundamental, por lo general, y en tanto principios, conceden sólo derechos *prima facie*. Ponderar consiste, entonces, en contrastar dos derechos que se oponen entre sí para determinar en qué medida uno debe defenderse o promoverse a costa del sacrificio del otro. El resultado de la ponderación es el derecho definitivo, que sólo se posee en tanto la ponderación correspondiente se ha realizado, y en la medida determinada por ésta. En el caso Titanic, esto se traduce en que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, la revista homónima tiene derecho a calificar a un cierto individuo como *geborene Mörder* (asesino nato o nacido asesino) pero no a calificarlo como *Krüppel* (tullido), y en que, en consecuencia, tal individuo tiene derecho a no ser llamado tullido pero no lo tiene a no ser llamado asesino nato.

La ponderación es, pues, la técnica apropiada para la aplicación de normas de principio y, por eso, la técnica característica de aplicación de normas constitucionales, típica-

mente principiales, no sólo, por cierto, cuando reconocen derechos sino también cuando establecen competencias normativas, como la competencia del legislador para ordenar las relaciones sociales, un principio cuya colisión con el principio de vinculación constitucional del propio legislador es objeto de numerosas referencias en la obra de Alexy, y que también ha de resolverse mediante la misma técnica ponderativa. Y no estamos hablando de una manera de aplicar las normas exclusiva de los tribunales constitucionales, y por eso en cierto modo excepcional, ni mucho menos. De la difusión de la ponderación, de su extensión a la vida jurídica cotidiana, nos habla el hecho de que se recurre a ella cada día en los juzgados españoles, para decidir, por ejemplo, si debe autorizarse una escucha telefónica solicitada por la policía, hasta el punto de que los formularios al uso ya incluyen las pertinentes referencias a las tres etapas de la ponderación: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. No hay, sobre el papel, escucha telefónica, o prisión provisional, que haya sido acordada sin haber ponderado los principios en juego.

El problema fundamental que plantea el juicio de ponderación es el de su racionalidad. ¿Se trata de una técnica racional y, por tanto, es posible controlar su ejercicio? ¿O, por el contrario, no hay estándares objetivos para

medir la corrección de las ponderaciones? Un segundo problema del juicio de ponderación es el de su propia identidad: ¿Es, en verdad, la ponderación sustancialmente distinta de la venerable subsunción o sólo es diferente el ropaje con que se nos presenta? Y un tercero sería el de su conveniencia: ¿Es la ponderación la mejor técnica para la aplicación de principios o puede haber otras técnicas que mejoren sus resultados? Y, en tanto que hablamos de aplicación de normas jurídicas y de no de otra clase, y teniendo en cuenta que el derecho se pretende un tipo de regulación particularmente cierto, seguro o calculable, ¿no conllevan las normas de principio y su aplicación ponderada el germen de la disolución de su carácter jurídico? ¿No estaremos disolviendo el derecho en la moral y perdiendo, con ello, las ventajas que le suponíamos a la regulación jurídica de lo social? Estas y otras preguntas cercanas son las que se plantean en los cuatro trabajos del segundo bloque de este libro, que se ocupan de la ponderación como técnica de aplicación de normas de derecho fundamental, todos ellos críticos, en distintas medidas, con la propuesta de Alexy, y por ello tanto más interesantes en cuanto permiten comprobar el verdadero carácter de dicha propuesta, su debilidad o fortaleza, sus posibilidades y sus límites, y los efectos negativos que puede traer a la práctica jurídica. Todos ellos ayudan a resolver la pregunta

de la que he partido, la de si es posible una interpretación unitaria, coherente y completa de los catálogos de derechos fundamentales insertos en nuestras constituciones, y si la ponderación es una vía posible y recomendable para una tal interpretación y consecuente aplicación.

José Juan Moreso apunta tres defectos que comprometen la racionalidad de la ponderación: el primero es que no disponemos de una escala de ordenación abstracta de los derechos a ponderar; el segundo es que no sabemos cómo medir la gravedad o importancia de las interferencias en los derechos; y el tercero es el carácter individual de la ponderación, que impide aplicar su resultado a otro caso distinto de aquél para el que fue realizada. El resultado es que no podemos "ni prever lo que los órganos de aplicación del derecho decidirán en los casos de conflictos entre principios constitucionales que establecen derechos fundamentales, ni menos aún someter a crítica racional y articulada sus decisiones". Como alternativa, Moreso propone una técnica de *especificación* de los derechos que, a cambio de sacrificar su alcance (que se mantiene intacto en el modelo de Alexy), mantenga su fuerza (que, en el modelo de Alexy, se pierde). De lo que se trataría, en definitiva, es de mantener la capacidad del derecho para guiar el comportamiento, que está en peligro cuan-

do asumimos la técnica de la ponderación tal como Alexy la configura.

El trabajo de Juan Antonio García Amado intenta mostrar que la ponderación no es realmente distinta de la subsución como técnica de aplicación de normas, y que, en verdad, no hay diferencias relevantes entre reglas y principios. Así las cosas, el recurso al carácter supuestamente principial de las normas y a su aplicación ponderada supondría en realidad una manera de encubrir las elecciones interpretativas que constituyen las verdaderas razones que determinan las decisiones judiciales. Para sostener su tesis, el profesor García Amado recurre a un análisis minucioso e instructivo del ya referido caso Titanic, que, planteado como un caso de conflicto entre principios que se resuelve mediante ponderación, puede replantearse en términos de reglas y subunción.

Alfonso García Figueroa ensaya en su trabajo la que llama una aproximación disposicional a los principios. Una tal aproximación la considera apropiada para dar respuesta a una inevitable reformulación de la distinción entre reglas y principios en el seno del sistema jurídico de un estado constitucional, inevitable sobre la base de que la existencia de principios convierte en principios potenciales a todas las demás normas del siste-

ma, que están sometidas a la posibilidad de una posible ponderación con principios que abonen una solución distinta. O, en otros términos, en un estado constitucional (en el que las normas constitucionales tienen una fuerza particular que irradian a todo el sistema jurídico) todas las normas pueden ser aplicadas como principios y, por tanto, son derrotables o exceptuables. La distinción entre reglas y principios puede, no obstante, mantenerse como una distinción "intrínsecamente pragmática" e "intrínsecamente disposicional". Pragmática en cuanto que se pondría de manifiesto no tanto en su formulación y estructura sino a la hora de su aplicación; y disposicional en cuanto que la cualidad de principio que posee cualquier norma se manifestaría sólo bajo una condición determinada, a saber, la de su pertenencia al sistema jurídico de un estado constitucional.

El bloque se cierra con el trabajo de Celestino Pardo, que profundiza en las consecuencias que la introducción de principios en el derecho tiene para todo el sistema jurídico, en una línea similar a la de García Figueroa. La presencia de principios relativiza el sentido que cabe atribuir a cualesquiera normas del sistema y lo vuelve todo él inestable, porque los principios, al exigir la realización máxima posible de los valores que designan o contienen, ponen en cuestión la estabilización de

expectativas que hasta ahora se había supuesto que era la función de las normas jurídicas. Dichas expectativas, en cambio, quedan ahora al albur de posibles reconfiguraciones de las relaciones entre valores y normas (entre fines y medios) que resultarían de futuras ponderaciones judiciales. Y esto afecta en especial al sentido que hasta ahora se había venido dando a los derechos subjetivos, que dejan de poseer la fuerza que les era característica. Por lo demás, el texto del profesor Pardo es muy rico en sugerencias que no procede resumir aquí, y que merecerían ulteriores desarrollos.

Aquí corresponde también hacer referencia al texto del propio Alexy con el que se abre el libro, y que podemos ubicar en una serie de escritos recientes (entre los que se encuentra también el Epílogo a la edición inglesa de su *Teoría*) mediante los que trata de defender la ponderación como técnica adecuada para la aplicación de normas de derecho fundamental. En el que nos ocupa, hace frente a la que podemos llamar objeción democrática a los derechos fundamentales, que diría que un exceso de constitucionalización, o sobredeterminación constitucional, de los mismos supondría una restricción inaceptable de la competencia parlamentaria, sobre todo cuando se trata de derechos a protección, que exigen del parlamento acciones positivas y no

meras abstenciones. Alexy recoge la objeción en la forma que le da Böckenförde, quien acaba por proponer una reducción de los derechos fundamentales a los clásicos derechos de defensa frente al estado, y trata de rebatirla haciendo ver que, incluso en el caso de conflicto entre derechos de defensa y derechos a protección, el necesario juicio de ponderación entre unos y otros no restringe indebidamente la competencia del parlamento. Su argumento se basa en la estructura alternativa de los derechos a protección. Los derechos de defensa tienen una estructura conjuntiva, esto es, si alguien tiene un derecho de defensa, entonces está prohibida *toda* acción que menoscabe el objeto de su derecho; en cambio, los derechos a protección sólo exigen que se realice *una* de las varias alternativas mediante las cuales puede garantizarse dicha protección. De este modo, el parlamento puede elegir entre varios cursos de acción, teniendo en cuenta que el juicio de ponderación deja abiertos márgenes de discreción sustancial y epistémica dentro de los cuales el parlamento puede tomar decisiones constitucionales válidas. Todo esto le exige a Alexy abordar con mayor finura que en ocasiones precedentes la estructura y funcionamiento del juicio de ponderación. Además, en el texto se da a entender que lo que se dice sobre los derechos a protección vale también para los demás derechos a prestaciones posi-

tivas del estado, como los derechos sociales, con lo que el argumento de Alexy, de ser bueno, serviría también contra los que sostienen que los derechos sociales, en tanto derechos constitucionales, suponen una excesiva limitación de las competencias legislativas del parlamento. De este modo, el texto de Alexy contiene elementos relevantes para los dos asuntos que fueron objeto de discusión en el seminario, el del juicio de ponderación y el de los derechos sociales, al que me refiero a continuación.

4.

Por otra parte, ahora desde el punto de vista de los contenidos materiales de la teoría de los derechos fundamentales, la pregunta por los derechos sociales es su piedra de toque. Lo es porque son los derechos sociales los más débilmente reconocidos, los que encuentran mayor oposición teórica y práctica y los que ponen en mayores apuros al promitente liberal, incluso en su más avanzada versión neoconstitucional. Como es natural, todo esto se vuelve problemático cuando aceptamos que ningún modelo de derechos fundamentales satisface las expectativas que suscita si no es capaz de otorgar un lugar adecuado a los derechos sociales, es decir, cuando aceptamos que no es posible garantizar niveles equivalentes de autonomía y bienestar para

todos los miembros de la comunidad política sin el concurso de los derechos sociales.

En el libro de Alexy, los derechos sociales tienen sin duda un lugar bien definido, su capítulo IX, uno de los más interesantes y complejos, que no se refiere sólo a los derechos sociales, sino en general a los derechos a acciones positivas del estado, o derechos a prestaciones en sentido amplio, divididos a su vez en derechos a protección, derechos a organización y procedimiento y derechos a prestaciones en sentido estricto, o derechos sociales. Del modo en que Alexy configura los derechos sociales interesa destacar aquí dos rasgos: son derechos subsidiarios respecto del mercado y son derechos mínimos.

Los derechos sociales son subsidiarios respecto del mercado en este sentido:

> Los derechos a prestaciones en sentido estricto [los derechos sociales fundamentales] son derechos del individuo frente al estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo también de particulares (*Teoría*, 482).

Y los derechos sociales son derechos mínimos en este sentido:

> Habrá que considerar que una posición de prestación jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (…) son afectados en una medida relativamente reducida (…). En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica (*Teoría*, 495).

Ambos rasgos son característicos de la que podemos llamar concepción social liberal de los derechos sociales, que es la que Alexy parece asumir, esto es, una concepción de los derechos sociales según la cual funcionan como mecanismos subsidiarios respecto de la asignación mercantil de los bienes y los servicios y garantizan sólo un nivel mínimo de satisfacción de las necesidades. Como aclara la última cita, esta configuración de los derechos sociales resulta de la correspondiente ponderación del principio de la libertad fáctica con los principios formales de división de poderes y competencia parlamentaria y con otros principios materiales en juego, como son los derechos de propiedad privada, herencia o libertad de mercado.

De manera inmediata surgen dos preguntas, una interna a la teoría y otra externa. La interna es la siguiente: ¿acaso no sería posible, y preferible, una ponderación de derechos que tuviese otros resultados en lo que a los dos rasgos aludidos se refiere? En cuanto al carácter subsidiario, ¿no podría sustraerse del comercio de los hombres la provisión de ciertas necesidades en tanto especialmente básicas o importantes, como la educación, la sanidad o la vivienda? ¿No se hace así con otros bienes considerados especialmente importantes como la libertad o la integridad física? Si se acepta que no se debe comerciar con todo, aunque con todo podría comerciarse, ¿por qué han de ser concebidos los derechos sociales, *y sólo ellos*, como derechos subsidiarios? Y, en cuanto al carácter mínimo, ¿no cabría acaso concebir los derechos sociales como derechos a un máximo, esto es, a iguales cuotas de disfrute de los bienes o servicios educativos, sanitarios y habitacionales disponibles, como se supone que son todos los demás derechos fundamentales (esto es, derechos a cuotas iguales y maximizables)? Las respuestas negativas a estas preguntas pueden basarse en la invocación de los demás principios en juego, sobre todo de los principios materiales vinculados con la economía de mercado, mediante un argumento que diría que una tal concepción de los derechos sociales (como derechos a un máximo y sustraídos

del mercado) supondría un recorte excesivo de otros derechos y, también, de los principios que configuran la estructura de los poderes típica de una democracia liberal; y en este punto hemos de detenernos porque topamos con la necesidad de articular una comparación entre ponderaciones que no cabe desarrollar aquí. Lo que sí cabría preguntarse es por qué el principio de competencia presupuestaria del parlamento aparece en la teoría de Alexy prioritariamente en relación con los derechos sociales y no tanto, aunque también, en relación con los demás derechos a prestaciones, cuando cualquiera puede entender que todos los derechos cuestan, y que no hay razones para pensar que los derechos sociales cuesten más que los demás, si el cálculo de los costes se hace de forma correcta[4]. En todo caso, vuelve la duda de si realmente es posible una interpretación coherente de todas las normas de derecho fundamental habitualmente incluidas en las constituciones liberales, sobre todo ahora que tomamos conciencia de que quizá algunas de esas normas son contradictorias, y lo contradictorio es imposible de armonizar.

---

[4] Hay una bibliografía cada vez más amplia e incisiva sobre esta cuestión. Valgan dos referencias, una ya casi tópica y otra más reciente: S. Holmes y C. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes* (Nueva York, Norton & Co., 1999); y G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías* (Madrid, Trotta, 2007).

La pregunta externa a la teoría es la siguiente: aceptando como hipótesis que la concepción de los derechos sociales que sostiene Alexy fuera el resultado de una correcta ponderación entre todas las normas pertinentes, ¿es este resultado moralmente aceptable? O, por seguir con la metáfora que vengo utilizando, ¿podría ese conjunto de normas, a saber, las disposiciones constitucionales, satisfacer la promesa liberal de una igual distribución del bienestar y de la autonomía? ¿Responden en verdad nuestras constituciones a los ideales en que se basa su legitimidad? Si echamos una mirada a nuestras sociedades y comprobamos que las cuotas de bienestar y de autonomía que disfrutan nuestros conciudadanos son radicalmente desiguales entre sí, tendremos buenas razones para articular una respuesta negativa. El propio Alexy nos da una pista para esta respuesta negativa, cuando señala que "la Ley Fundamental, desde el punto de vista de su *texto* y de su *génesis*, tiene primariamente el carácter de una constitución burguesa y de estado de derecho orientada hacia los derechos de defensa" (*Teoría*, 421). Lo que pasa es que, si no me equivoco, después no extrae (al menos no expresamente) ninguna de las dos consecuencias que, alternativamente, habrían de seguirse: o bien la Ley Fundamental, más allá de su texto y de su génesis, es interpretada en clave no burguesa, cosa que no parece que el Tribunal Constitu-

cional haya hecho ni Alexy le exija, al optar uno y otro por un modelo de derechos sociales subsidiarios y mínimos; o bien, si se interpreta la Ley Fundamental en la clave burguesa que su texto y su génesis parecen requerir, esto es, una clave que por definición beneficia más a los miembros de una clase que a los de otra, habría que concluir que el modelo de derechos sociales resultante, y por ende el entero modelo de derechos fundamentales, es insatisfactorio por injusto, cosa que Alexy tampoco hace.

En definitiva, el tibio reconocimiento de los derechos sociales en la teoría de los derechos fundamentales de Alexy arroja una sombra de duda sobre la capacidad de la teoría para satisfacer los ideales que subyacen a los derechos fundamentales y que legitiman los modernos estados constitucionales y dan pábulo al neoconstitucionalismo.

Los trabajos del primer bloque del libro ayudarán a calibrar el modo en que Alexy configura los derechos sociales. Dos de ellos no se ocupan directamente de ello, pero ayudan a contextualizar la propuesta del profesor alemán. El trabajo de Gregorio Peces-Barba permite cotejarla con una de las más elaboradas y difundidas en España, para comprobar que es ciertamente similar en aspectos principales, como la definición de los derechos

sociales como derechos subsidiarios, la afirmación de un derecho general a prestaciones que el profesor español cimenta en el artículo 9.2 CE (en Alexy, véase *Teoría*, pág. 435), el similar escepticismo frente al derecho al trabajo (en Alexy, véase *Teoría*, pág. 492) o la relevancia concedida al principio de competencia presupuestaria del legislador a la hora de determinar el alcance de estos derechos, quizá más remarcada por Peces-Barba, pero ya sabemos que también asumida por Alexy. En cuanto a la divergencia observable acerca del carácter fundamental del derecho de propiedad privada, que Alexy afirma y Peces-Barba niega, no podemos entenderla como una divergencia genuina, puesto que la dogmática de Alexy está gobernada por el texto de la Ley Fundamental de Bonn, cuyo art. 14 establece el carácter de derecho fundamental de la propiedad, una limitación a la que no está sometida el trabajo de Peces-Barba, cuyo rechazo del carácter iusfundamental de la propiedad se basa en razones conceptuales, en particular en su imposible generalización. Si la Constitución Española no pone en dificultades su planteamiento, al menos en la medida en que no atribuye a la propiedad el máximo carácter iusfundamental, cabría preguntarse si, en correspondencia, la imposibilidad conceptual denunciada por Peces-Barba pone en aprietos a la Ley Fundamental de Bonn y, por consiguiente, a la dogmática de Alexy.

El trabajo del profesor Bastida nos advierte de que la fundamentalidad de los derechos sociales no es externa al derecho positivo, es decir, no depende de ninguna "ponderación sociológica" o "fundamentación antropológica", sino de su articulación jurídica concreta por parte del legislador constituyente, en particular, de su articulación como derechos inmediatamente disponibles para sus titulares e indisponibles para el legislador o, más en general, de su alto grado de "preservación normativa". Esto significa, entre otras cosas, que los derechos sociales pueden ser tan fundamentales como los demás, dependiendo de la opción del legislador constituyente, pues la fundamentalidad no está relacionada con la titularidad ni con la estructura o contenido de los derechos. Sin embargo, esta concepción estrictamente formal de la fundamentalidad se relaja, y conecta con una dogmática constructiva como la de Alexy, cuando observa que los derechos sociales, incluso si inicialmente han sido dispuestos sólo como principios rectores y no como derechos, también podrían configurarse como derechos fundamentales, aunque ello supusiera una mutación constitucional, por la vía de la creación jurisprudencial, como ha sucedido con el derecho a la autodeterminación informativa, en relación con la televisión local por cable (STC 31/1994). En este sentido, apunta las posibilidades interpretativas

de los valores del art. 1 CE y del concepto de dignidad humana del art. 10.1 CE, que, al ayudar a definir el sentido general de los derechos fundamentales, podrían constituir una base para una tal construcción judicial de nuevos derechos sociales fundamentales.

Los trabajos de los profesores Garzón Valdés y Hierro sí se ocupan más directamente de la concepción de los derechos sociales de Alexy, el primero de forma monográfica y el segundo en el seno de un trabajo de mayor alcance. Ambos coinciden en que se trata de una concepción tímida en exceso. El primero cuestiona dos de los presupuestos del modelo de Alexy: la especial deferencia hacia el legislador en materia de derechos sociales y la fundamentación de los derechos sociales en el principio de libertad fáctica. A juicio de Garzón, la deferencia hacia el legislador en materia de derechos sociales no habría de ser mayor que en relación con otros derechos, y en ambos casos habría de ser muy reducida, puesto que, si los derechos sociales son fundamentales, entonces forman parte del *coto vedado* indisponible para el legislador como todos los demás derechos de ese tipo; un coto vedado que, además, no debe ser concebido como opuesto al principio democrático sino como una condición necesaria de su vigencia. En esta línea, argumenta a favor de la competencia judicial (sobre todo, de un tribunal

constitucional) para promover la igualación material de las condiciones sociales, esto es, a favor del fomento judicial de una sociedad económicamente homogénea. Por otra parte, Garzón cuestiona que sea el principio de libertad fáctica el que fundamente los derechos sociales, y propone a cambio el principio de la dignidad humana, que fundamentaría igualmente todos los derechos, y no sólo los de defensa. Ahora, como la dignidad humana, a diferencia de la libertad fáctica, no puede ser objeto de restricción, los derechos sociales quedarían más sólidamente fundados. Con todo ello acaba resultando una concepción más unitaria y fuerte de los derechos fundamentales, todos ellos más trabados entre sí y más protegidos frente a la intervención del legislador.

Del trabajo del profesor Hierro quiero destacar tres elaboraciones críticas. La primera cuestiona con detalle la tradicional distinción entre derechos liberales y derechos sociales, concluyendo que las supuestas diferencias entre unos y otros no son tales y que deben ser atribuidas a un prejuicio ideológico. A los derechos sociales se les ha calificado, para distinguirlos de los derechos liberales, como derechos particulares, relativos, *prima facie*, costosos y programáticos. La línea que siguen las objeciones de Hierro a la distinción no es la de discutir estos caracteres,

sino la de hacer ver que tales caracteres son propios de todos los derechos fundamentales, o que son propios de unos o de otros derechos no en función de una naturaleza diferente sino del modo concreto en que han sido configurados jurídicamente. En consecuencia, tales caracteres no sirven para deslindar los derechos sociales y los derechos liberales. En segundo lugar, Hierro somete a juicio la clasificación de los derechos fundamentales propuesta por Alexy, objetando la distinción entre derechos de defensa, derechos a protección y derechos a organización y procedimiento, no por imposible de trazar conceptualmente, sino por innecesaria en la medida en que todo derecho de defensa requiere del correspondiente derecho a protección, y todo derecho a protección se traduce en uno o varios derechos a organización y procedimiento, de manera que las tres categorías no serían autónomas (lo que el profesor Hierro parece recomendar aquí es el uso de la navaja de Ockham). En tercer lugar, detecta tres "axiomas notoriamente conservadores" en la base de la configuración de los derechos sociales como derechos a un mínimo por la que opta Alexy. El primero es que la igualdad jurídica no puede ser sacrificada en aras de la igualdad de hecho; el segundo es que los derechos sociales se fundamentan en el principio de libertad fáctica y no en el de igualdad; y el tercero es el carácter subsidiario de los

derechos sociales respecto del mercado, al que ya me he referido más arriba. Si los axiomas fuesen modificados, entonces hay que suponer que los derechos sociales podrían ser algo más que esos modestos derechos a prestaciones mínimas que nos ofrece la teoría de Alexy.

En definitiva, si bien Alexy acierta al observar que "el foso que separa los derechos de la tradición liberal de los derechos propios del estado social no es tan profundo como podría pensarse a primera vista" (*Teoría*, 441), lo que los trabajos de Bastida, Garzón y Hierro ponen de relieve es que ese foso es todavía menos profundo de lo que el propio Alexy está dispuesto a reconocer, y que puede vadearse con comodidad.

5.

Para concluir esta presentación, me gustaría volver sobre el sentido del seminario que dio origen al libro. Concebido como "jornadas de filosofía del derecho" (y de ahí la especialidad académica de la mayoría de los ponentes), no obstante se intentó que no se convirtiese en una reunión esotérica, como suele ser el caso, sino que resultase accesible e interesante para juristas en general, ya dedicados a la dogmática, ya a la actividad profesional, pero provistos de cierta curiosi-

dad académica. Esta intención fue una de las razones que motivó la elección del tema del seminario, porque, como ya antes he señalado, la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, muy atractiva para los filósofos del derecho (y ésta era la otra razón), ha de serlo también en grado sumo para los constitucionalistas y, teniendo en cuenta el efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico, para los demás juristas teóricos y prácticos. Si hemos de medir el aliciente de la propuesta por el público asistente, creo que puede concluirse que fue notable, porque el público fue, en efecto, bien diverso.

No queda ya sino agradecer a todos los ponentes la buena disposición que han mostrado, primero con su intervención en el seminario, y después con su contribución a este libro. El reconocimiento debe ser especial para el profesor Alexy, que se desplazó desde la lejana Kiel hasta Madrid, que habló en una lengua que no es la suya, y que participó activamente en las sesiones subsiguientes a su conferencia con una implicación y una llaneza encomiables. Reconocimiento institucional merece también el Colegio de Registradores, por promover y financiar el seminario y por prestar sus dependencias para su celebración, como ha seguido haciendo para los que viene organizando la fundación

antecitada Me permito personalizarlo en los profesores Celestino Pardo, director a la sazón de su servicio de estudios y máximo inspirador del seminario y de la constitución de la fundación, e Isabel de la Iglesia, máxima ejecutora de todo lo que un evento de estas características requiere para salir bien.

*****

La *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy fue presentada como tesis de habilitación en la Universidad de Gotinga en 1985, y publicada por la editorial alemana Suhrkamp en 1986, con el título *Theorie der Grundrecthe*. La traducción española corrió a cargo de Ernesto Garzón Valdés y fue publicada en 1993 por el Centro de Estudios Constitucionales (hay reimpresiones de 1997, 2000 y 2002). En 2002 apareció la edición inglesa, con el título *A Theory of Constitutional Rights*, traducida por Julian Rivers y publicada por Oxford University Press. Para esta edición, el profesor Alexy escribió un epílogo, que fue traducido después al español por Carlos Bernal Pulido, con el título "Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*", aparecido primero en la *Revista Española de Derecho Constitucional* (número 22, 2002, págs. 13-64) y reeditado en 2004 como volumen independiente por el Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad,

Mercantiles y de Bienes Muebles de España, con una presentación de Francisco Rubio Llorente.

Para unificar y simplificar las referencias en todos los capítulos que siguen, la *Teoría de los derechos fundamentales* se citará siempre como *Teoría*, correspondiendo los números de página a la edición española de 1993 (y dando por supuesto que la paginación no se ha cambiado en las reediciones); el Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales* se citará como *Epílogo*, correspondiendo los números de página a la edición del Colegio de Registradores.

SOBRE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES A PROTECCIÓN*

Robert Alexy

Sumario:

1. La expansión de los derechos constitucionales.
2. El concepto de derecho a la acción positiva del estado.
3. Derechos a protección y el problema del exceso de constitucionalización.
4. Alternatividad.
5. La pregunta fácil: violación del derecho de defensa.
   5.1. Adecuación y necesidad.
   5.2. Proporcionalidad en sentido estricto.
6. La pregunta más difícil: violación del derecho a protección.
7. Discrecionalidad.
   7.1. Discrecionalidad para la selección de medios.
   7.2. Discrecionalidad para la fijación de fines.

---

* Quiero agradecer a Stanley L. Paulson su ayuda y asesoramiento en cuestiones estilísticas en la redacción de la versión inglesa de este artículo (traducción castellana de Rebecca Jowers revisada por R. García Manrique).

1. La expansión de los derechos constitucionales

La historia de los derechos constitucionales en Alemania en la segunda mitad del siglo veinte es la historia de su expansión. Esta expansión está caracterizada por tres aspectos íntimamente ligados. Primero, los derechos constitucionales han alcanzado una influencia que va más allá de la relación entre el ciudadano y el estado. Han adquirido un "efecto de irradiación"[1] sobre el entero sistema jurídico. El resultado es la ubicuidad de los derechos constitucionales. Segundo, los derechos constitucionales han sido vinculados de manera intrínseca al principio de proporcionalidad. La aplicabilidad de este principio presupone que los derechos constitucionales tienen la estructura de principios o mandatos de optimización[2]. Debido a esta estructura, la ubicuidad se combina con la optimización. Tercero, el contenido de los derechos constitucionales se ha expandido más allá y por encima del de los derechos liberales clásicos. El objeto de los derechos liberales clásicos consiste sólo en la acción negativa u omisión

---

[1] BVerfGE 7 (1958) 198, 207 (decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán; la cita incluye el número de volumen, año, primera página y página en la que se encuentra el texto de referencia).

[2] R.Alexy, *Teoría*, págs. 111-115.

estatal. A ello se han sumado los derechos a la acción positiva del estado. De esta forma, los derechos de defensa tradicionales (*Abwehrrechte*) se han visto complementados por derechos de prestación (*Leistungsrechte*). Esta tríada formada por la ubicuidad, la optimización y los derechos de prestación define lo que son hoy los derechos constitucionales en Alemania. Este desarrollo, no obstante, no se restringe a los derechos constitucionales en Alemania. Si se mira a la *Carta Europea de Derechos Humanos*, uno ve que la expansión se ha convertido en un proyecto europeo, al menos por lo que respecta a los derechos a la acción positiva del estado[3]. El desarrollo en otros lugares del mundo es similar en muchos aspectos. En este sentido, el problema de la expansión de los derechos constitucionales tiene un carácter universal.

La expansión de los derechos constitucionales ha venido siempre acompañada de objeciones, y las críticas suscitadas en la actuali-

---

[3] Véanse, por ejemplo, los siguientes casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: caso "en relación con ciertos aspectos de las leyes reguladoras del uso de la lengua en la educación en Bélgica", sentencia de 23 de julio de 1968, serie A, nº 6, pág. 31; caso Marckx, sentencia de 13 de marzo de 1978, serie A, nº 31, p. 15, párrafo 31; caso Keegan contra Irlanda, sentencia de 26 de mayo de 1994, serie A, nº 290, pág. 19, párrafos 48 y 49.

dad son más fuertes que nunca. Todas las objeciones tienen en común el reproche por el exceso de constitucionalización. Ernst-Wolfgang Böckenförde ha expuesto este reproche de una forma especialmente vigorosa. Según Böckenförde, la expansión de los derechos constitucionales altera el carácter de la constitución de forma fundamental y dramática. La constitución deja de ser un mero marco (*Rahmenordnung*) para el proceso democrático de formación de voluntades. Se convierte en el fundamento (*Grundordnung*) de la comunidad.[4] Una constitución como fundamento de la comunidad ya contiene todo el ordenamiento jurídico[5], al menos *in nuce*.[6] El cometido del proceso político democrático se ve reducido a la mera puesta en práctica de lo que ya ha sido decidido por la constitución. El cumplimiento de este cometido es supervisado por el tribunal constitucional, que adquiere, de esta forma, todo el poder real. El "paso del estado legislativo parlamentario a un estado constitucional de jurisdicción" sería irresistible[7]. La única forma de evitarlo es regresando a la "concepción de los derechos cons-

---

[4] E.-W. Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen" (en Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Francfort, Suhrkamp, 1991, pág. 159 y sigs.), pág. 198.

[5] Ibidem, pág. 189.

[6] Ibidem, pág. 198.

[7] Ibidem, pág. 190.

titucionales como derechos subjetivos de libertad dirigidos defensivamente contra el estado"[8].

¿Es sólida esta objeción? Lo sería si la expansión de los derechos constitucionales, definidos por la ubicuidad, la optimización y los derechos de prestación, implicara de hecho que todas y cada una de las normas y decisiones jurídicas se encontrasen ya contenidas en la constitución, lo que daría lugar a la pérdida total de autonomía de la legislación parlamentaria y, en su virtud, también de toda competencia real. Esto sería incompatible con la democracia.

La cuestión de si la expansión de los derechos constitucionales reduce o no la competencia del parlamento en grado inadmisible es por tanto una piedra de toque que permite decidir si la historia de la expansión de los derechos constitucionales es la historia de un error. Los derechos a la acción positiva del estado han sido un elemento central e indispensable de este desarrollo. Nuestro enfoque se centrará en ellos.

---

[8] Ibidem, pág. 198. Véase también pág. 194.

2. El concepto de derecho a la acción positiva del estado

El concepto de "derecho a la acción positiva del estado" comprende una diversidad de derechos que se prestan a clasificaciones bastante distintas. Una posibilidad es dividirlos en tres grupos: (1) derechos a protección, (2) derechos a organización y procedimiento, y (3) derechos a prestaciones en sentido estricto[9]. La estructura y contenido de estos derechos es bastante diferente, pero existe un común denominador que justifica su agrupación. Todos ellos requieren una acción positiva. Con objeto de no conculcarlos, no basta con que el estado se abstenga de interferir en los ámbitos que protegen, especialmente la vida, la libertad y la propiedad. El estado debe *hacer* algo.

Los problemas de Böckenförde con respecto a los derechos a la acción positiva derivan de la diferencia estructural entre acción positiva y omisión, y no se equivoca al afirmar que los derechos a la acción positiva son más complejos que los derechos que sólo requieren una omisión. La cuestión, por tanto, sólo puede ser la siguiente: ¿entraña necesariamente esta complejidad las consecuencias que Böckenförde le atribuye? Esta cuestión afecta

---

[9] Véase R. Alexy, *Teoría*, págs. 430 y 435-501.

a los tres tipos de derechos a la acción positiva del estado. Me centraré en los derechos a protección.

Los problemas que suscitan los derechos a protección pueden dividirse igualmente en tres grupos, en función de su (1) fundamentación, (2) contenido, y (3) estructura. El problema de la fundamentación radica en determinar si los derechos a protección deberían incluirse o no en la lista de derechos constitucionales, ya sea por aquellos que la redactan o enmiendan, ya sea por los que la interpretan. El problema del contenido se refiere, por una parte, al conflicto clásico entre seguridad y libertad y, por otra, al gasto financiero relacionado con los derechos a protección, al igual que sucede con otros derechos a la acción positiva del estado, especialmente los sociales. El coste de la protección se mide en términos de libertad, dinero o ambos. La solución al problema de fundamentación, al igual que la del problema del contenido, presupone claridad acerca de la estructura de derechos a protección. Por este motivo, centraremos nuestra atención en dicha estructura.

3. Derechos a protección y el problema del exceso de constitucionalización

Los derechos a protección son derechos constitucionales que ostenta su titular contra el estado, es decir, a que éste le proteja de la interferencia de terceros. Los derechos a protección pueden tener una variedad de objetos. El espectro se extiende desde el homicidio o la calumnia hasta la protección ante los peligros asociados al uso pacífico de la energía nuclear. La principal fuente de problemas con que se topan los derechos a protección es que la protección de una parte significa la interferencia de otra. La protección ante comentarios despectivos presupone una interferencia con la libertad de expresión. Esta dialéctica de protección e interferencia da lugar a la siguiente observación: sólo puede haber una solución correcta si ambos derechos, el de protección y el de defensa, han de ser optimizados de acuerdo con las normas de la proporcionalidad. Esta única solución correcta sería algo así como un punto ideal y supremo[10].

---

[10] Véase P. Lerche, "Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?" (en Joachim Burmeister, ed., *Festschrift für Klaus Stern*, Munich, 1997, pág. 197 y sigs.), pág. 205; Id., "Facetten der 'Konkretisierung' von Verfassungsrecht" (en I. Koller, J. Hager, M. Junker, R. Singer y Jörg Neuner, eds., *Einheit und Folgerichtigkeit*

Esta objeción referente al punto supremo se refiere al mismo problema que la objeción a la fundamentación de Böckenförde: el problema de la sobredeterminación y, por tanto, del exceso de constitucionalización. No cabe duda de que la sobredeterminación es inadmisible. Por este motivo, existen solamente tres soluciones. La primera consiste en abandonar los derechos a protección. El llamamiento de Böckenförde para regresar a los derechos de defensa se acerca bastante a esto. Pero existen razones poderosas para contar con derechos a protección. ¿Acaso no estaría el estado conculcando el derecho a la vida si, por poner un ejemplo, aboliera la responsabilidad penal por homicidio? La segunda solución consiste en renunciar a la proporcionalidad y, con ello, a la optimización, al menos por lo que respecta a los derechos a protección. Los partidarios de esta solución tienden a sustituir la proporcionalidad por la idea de un nivel mínimo de protección[11]. Pero, ¿cómo establecer ese nivel mínimo? Si debe hacerse sin proporciona-

---

im juristischen Denken, Munich, 1998, pág. 7 y sigs.), pág. 21; R. Wahl, "Der Vorrang der Verfassung" (en *Der Staat*, 20, 1981, pág. 485 y sigs.), pág. 504; A. Scherzberg, *Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität"* (Berlín, 1989), pág. 174.

[11] Véase J. Isensee, "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht" (en J. Isensee y P. Kirchhof, eds., *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 5, Heidelberg, 1992, pág. 143 y sigs.), pág. 232.

lidad, no existen criterios racionales. Si debe hacerse con proporcionalidad, la segunda solución no sería la segunda solución, sino la tercera.

La tercera solución intenta mostrar que la combinación de derechos a protección y proporcionalidad no lleva a la sobredeterminación, ni siquiera a una determinación total. Es compatible con la idea de un marco que deje lugar para la autonomía de la legislación parlamentaria. Ésta es precisamente la solución por la que abogaremos. El argumento se desarrolla en tres pasos. El primero se refiere a la estructura de los derechos de defensa, el segundo, a la estructura de la proporcionalidad y, el tercero, a algunos elementos de la teoría de la discrecionalidad (*Spielraum*).

4. Alternatividad

La estructura de los derechos a protección difiere en un aspecto fundamental de la de los derechos de defensa. Los derechos de defensa son prohibiciones de destruir, de perjudicar, etc. Los derechos a protección son mandatos de proteger, apoyar, etc. Cuando existe una *prohibición* de destruir o perjudicar algo, entonces esta prohibido *cualquier* acto de destrucción o de perjuicio. En cambio, cuando hay un *mandato* de proteger o apoyar algo,

no cualquier acto de protección o apoyo es exigido. La prohibición de matar implica, al menos *prima facie*, la prohibición de cualquier acto de matar, mientras que el mandato de rescate no implica el mandato de llevar a cabo todos los actos de rescate posibles. Puede ser posible rescatar a un hombre que se ahoga nadando hasta él, o lanzándole una balsa salvavidas, o incluso enviando un barco, pero no se requieren simultáneamente los tres. Lo que se precisa es que se lleve a cabo el primer acto *o* el segundo *o* el tercero. Por tanto, los derechos a protección tienen una estructura *alternativa* o disyuntiva, y los de defensa una estructura *conjuntiva*. La acción anticonstitucional del estado tiene un equivalente definitivo, que consiste en la omisión de justamente esa acción anticonstitucional. La estructura alternativa implica que la omisión anticonstitucional no tiene equivalente alguno definitivo[12], sino tantos posibles equivalentes como alternativas existan. Todas las diferencias estructurales entre derechos de defensa y a protección derivan de esta distinción. Esto quedará claro en cuanto relacionemos la estructura alternativa de los derechos a protección con el principio de proporcionalidad.

---

[12] Véase G. Lübbe-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte* (Baden-Baden, 1988), pág. 40.

5. La pregunta fácil: violación del derecho de defensa

La alternatividad y la proporcionalidad deben relacionarse dentro de la estructura dialéctica definida por la colisión de los derechos a protección y los de defensa. Esta estructura dialéctica implica que siempre existe la posibilidad de plantear dos preguntas. La primera es si se viola un derecho de defensa, la segunda, si se viola un derecho a protección. La primera pregunta es mucho más sencilla de responder. Por tanto, comenzaremos con ella.

La cuestión de la violación o no de un derecho de defensa desencadena varias preguntas subordinadas. Aquí sólo nos interesa la de la proporcionalidad. El punto decisivo radica en que, cuando lo que se encuentra en juego es la violación de un derecho de defensa, no existen diferencias lógicas entre el examen de una violación justificada por un derecho de protección y el examen de una violación justificada por una política pública o un bien colectivo.

El principio de proporcionalidad está formado por tres sub-principios: los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres principios expresan la idea de optimización[13]. La aplicación

del principio de proporcionalidad a los derechos constitucionales implica considerarlos mandatos de optimización, es decir, principios[14]. Por este motivo, a menudo se empleará el término "principio" en lo sucesivo en lugar de "derecho".

5.1. Adecuación y necesidad

Los dos primeros sub-principios del principio de proporcionalidad son los principios de adecuación y necesidad. El principio de adecuación excluye la adopción de medios que infrinjan un derecho constitucional sin promover ningún derecho u objetivo para los que se adoptaron dichos medios. Si un medio *M*, adoptado con objeto de promover un derecho a protección, no es adecuado para dicho objeto e infringe un derecho de defensa, entonces será desproporcionado y, por tanto, anticonstitucional. Lo mismo sucede si la falta de adecuación se refiere a la relación de *M* con cualquier otro objetivo. La situación es similar en el caso de la necesidad. El principio de necesidad requiere que entre dos medios igualmente idóneos en términos generales para promover un derecho a protección, debe escogerse el que interfiera menos con el derecho de defensa. Lo mismo sucede cuando los

---

[13] R. Alexy, *Teoría*¸ págs. 111-115.

[14] Ibidem, pág. 86.

dos medios son igualmente idóneos para cualquier otro objetivo o bien colectivo.

5.2. Proporcionalidad en sentido estricto

El tema se hace más interesante en el caso de la proporcionalidad en sentido estricto. Es aquí donde entra en juego un aspecto que mantiene su interés al invertirse la dirección del examen de la proporcionalidad, es decir, cuando se plantea si se ha infringido o no el derecho a protección.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es idéntico a una regla que podría denominarse la "Ley de la ponderación"[15]. Esta regla se refiere a los derechos constitucionales en tanto que principios. Establece que:

Cuanto mayor es el grado de no satisfacción, o perjuicio, de un principio, tanto más importante es satisfacer el otro.

La ley de la ponderación expresa el aspecto más significativo de la compleja estructura de la ponderación. Puede encontrarse una descripción completa de lo que significa la

---

[15] Ibidem, pág. 161.

deración de dos principios en la llamada "Fórmula del peso". En el "Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*" se presenta en una notación bastante tosca, usando tres mayúsculas para expresar un factor[16]. Dice así:

$$WP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot WP_iA \cdot RP_iC}{SP_jC \cdot WP_jA \cdot RP_jC}$$

Desde entonces, he intentado simplificar la formula del peso como sigue[17]:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

La Fórmula del peso es un intento de ilustrar la estructura de la ponderación con la ayuda de un modelo matemático. '$W_{i,j}$' ($WP_{i,j}C$) representa el peso concreto del principio P_i, es decir, el peso de P_i en las circunstancias del asunto a decidir, *en relación con* P_j, el principio en colisión. 'I_i' (IP_iC) repre-

---

[16] R. Alexy, *Epílogo*, pág. 96, nota 101.

[17] R. Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison" (en *Ratio Juris*, 16, 2003, pág. 433 y sigs.), pág. 446. Para una presentación más detallada, véase R. Alexy, "Die Gewichtsformel" (en J. Jickeli, P. Kreutz y D. Reuter, eds., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, 2003, pág. 771 y sigs.), págs. 783-792.

ponsenta la intensidad de la interferencia (intervención) con P_i por parte del medio o medida M, cuya proporcionalidad debe examinarse. El factor más importante con respecto a los derechos a protección es I_j. 'I_j' (IP_jC) representa la intensidad de los efectos negativos que la omisión de la interferencia con P_i, es decir, $\neg M$, tendría para el principio en colisión P_j, es decir, la intensidad de la interferencia con P_j mediante la no interferencia con P_i. 'W_i' (WP_iA) y 'W_j' (WP_jA) son los pesos abstractos de P_i y P_j. En muchos casos los pesos abstractos son iguales, por lo que se neutralizan entre sí. De esta forma es posible reducirlos. 'R_i' (RP_iC) y 'R_j' (RP_jC) se refieren a la fiabilidad de las asunciones empíricas relativas a lo que significa la medida M en cuestión para la no realización de P_i y la realización de P_j en las circunstancias del caso concreto. Hay muchos casos en los que la decisión depende básicamente o incluso únicamente de R_i y R_j, pero también hay otros muchos en los que R_i y R_j son iguales, por lo que es posible reducir ambos. Si W_i y W_j también pueden reducirse, la decisión depende exclusivamente de I_i e I_j. La Fórmula del peso puede aplicarse entonces de forma reducida:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Para explicar lo que esto significa, examinaremos la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso Titanic[18]. Se trata de una decisión en un supuesto de defensa vs. protección, en la que se ha aplicado la Fórmula del peso en su forma reducida. La decisión se refiere al conflicto clásico entre libertad de expresión y derechos de la personalidad. Una revista satírica de gran difusión, Titanic, describió a un oficial de reserva parapléjico que había desempeñado satisfactoriamente sus responsabilidades al ser llamado a filas, primero como un "asesino nato" y, más tarde, en una edición posterior, como un "lisiado". El Tribunal Regional Superior de Apelación de Düsseldorf falló en contra de Titanic en una acción entablada por el propio oficial y condenó a la revista a satisfacer daños por un importe de 12.000 marcos alemanes. Titanic presentó una queja constitucional. El Tribunal Constitucional Federal emprendió una "ponderación individualizada"[19] entre la libertad de expresión de aquellos vinculados a la revista (P_i) y el derecho general a la protección de la personalidad del oficial (P_j). Para ello, se exponen enfrentadas dos lecturas sobre la intensidad de la interferencia con dichos derechos. Hay, en general, dos formas de proce-

---

[18] BVerfGE 86 (1992), 1.

[19] BVerfGE 86 (1992), 1, 11.

der. La primera consiste en hacerlo sin evaluar la intensidad de la interferencia como tal. Se limita a decir que I_i es más fuerte, más débil o igual que I_j. El Tribunal, sin embargo, sigue el segundo tipo de procedimiento. Éste consiste en evaluar la intensidad de la interferencia como tal o de forma aislada, para después extraer una conclusión. La posibilidad de llevar a cabo este segundo método es una de las cuestiones más importantes de la teoría de la ponderación.

Es imposible evaluar un acto o medida sin un baremo. Se pueden concebir tipos muy distintos de baremos: desde un baremo infinitesimal hasta otro con tan solo dos grados. Naturalmente, también podría concebirse un baremo con un único grado. Pero en dicho caso no podría emplearse para realizar ponderaciones. En igualdad de condiciones, la preferencia racional es imposible.

En derecho, la ponderación se basa en la argumentación, y no en ningún tipo de medición posible sin dicha argumentación, por ejemplo, a través de la observación, del empleo de instrumentos o de la intuición. Esto significa que la intensidad de las interferencias debe expresarse por medio de proposiciones que puedan fundamentarse y refutarse mediante la argumentación. Para poder presentar un argumento a favor o en contra de una

proposición acerca de la intensidad de una interferencia, la proposición ha de ser inteligible. La inteligibilidad de las proposiciones acerca de los grados de intensidad es por tanto una condición necesaria para la adecuación de cualquier baremo en derecho.

Un baremo inteligible que no da lugar a dificultades en este sentido es el baremo de 'leve', 'moderado' y 'serio' (grave), '*l*', '*m*' y '*s*', respectivamente. Este baremo triádico puede refinarse fácilmente transformándolo en un baremo triádico doble con nueve grados, que pueden representarse como sigue: (1) '*ll*', (2) '*lm*', (3) '*ls*', (4) '*ml*', (5) '*mm*', (6) '*ms*', (7) '*sl*', (8) '*sm*' y (9) '*ss*'. Pero no ahondaremos en ello en este momento[20]. El único aspecto de interés en el presente contexto es que la condición de inteligibilidad impone límites al refinamiento del baremo. No es difícil entender lo que significa una interferencia mínima en los niveles superiores (*ls*), pero ¿cómo entender, por ejemplo, algo 'seria y levemente moderado' (*mls*)? Los grados del modelo de triple tríada, como '*sss*', sólo parecen comprensibles en los extremos.

La Fórmula del peso no pretende sustituir la ponderación como forma de argumentación

---

[20] Véase R. Alexy, "On Balancing and Subsumption", cit., pág. 445.

por el cálculo. Se trata simplemente de un dispositivo formal para expresar la estructura inferencial de la ponderación de principios, del mismo modo en que la lógica es un dispositivo formal para expresar la estructura de inferencia de la subsunción normativa. Con objeto de aplicar la Formula del peso como un instrumento analítico, deben asignarse números a los tres valores de nuestro modelo triádico, *l*, *m* y *s*. Hay varias posibilidades. Una asignación bastante sencilla, y muy instructiva al mismo tiempo, consiste en tomar la serie geométrica 2^0, 2^1 y 2^2, es decir, 1, 2 y 4. En la sentencia Titanic, el Tribunal Constitucional Federal consideró la intensidad de la interferencia (I_i) con la libertad de expresión (P_i) como grave o seria (s), mediante la imposición de una condena de daños por valor de 12.000 marcos alemanes (M). Esto es proporcional únicamente si la importancia concreta concedida a la exigencia de protección del derecho a la personalidad del oficial es, al menos, igual de elevada. La importancia concreta consiste aquí en la intensidad de la interferencia (I_j) del derecho a la protección del oficial. El Tribunal consideró la intensidad de la interferencia sobre el derecho del oficial a la protección de su personalidad (P_j), interferencia consistente en no imponer una indemnización ($\neg M$), de manera distinta en el caso de llamarlo "asesino nato" y en el caso de llamarlo "lisiado". En el primer caso,

consideró moderada (*m*), quizás incluso leve (*l*), la intensidad. Si insertamos los valores correspondientes de nuestra serie geométrica para *s* y *m*, el peso concreto de P_i ($W_{i,j}$) es en este caso 4/2, es decir, 2. De esta forma, la prioridad de P_i sobre P_j se expresa mediante un peso concreto superior a 1. En cambio, la descripción del oficial como "lisiado" fue considerada grave o seria (*s*), por humillante e irrespetuosa. Esto dio lugar a un empate, expresado con el valor 1. En este sentido, la condena al pago de daños no fue desproporcionada.

Como muestra nuestro ejemplo, en un caso en que la cuestión radica en saber si una medida de protección *M* viola un derecho de defensa por su desproporcionalidad, la colisión de un derecho de defensa y uno de protección tiene una estructura bastante simple. No hay más que preguntarse si, mediante la adopción de *M*, la intensidad de la interferencia con el derecho de defensa (I_i) es superior a la que sería la intensidad de interferencia con el derecho de protección (I_j) de no adoptarse *M*, es decir, mediante la adopción de $\neg M$.

6. La pregunta más difícil: violación del derecho a protección

Las cosas empiezan a complicarse al mirar en sentido contrario, al preguntarse si se viola un derecho a protección al denegarle totalmente protección o al no darle protección suficiente. El ejemplo clásico en el derecho constitucional es el del aborto. Aquí sólo nos interesa la estructura de la relación entre el derecho a protección y la proporcionalidad. Por tanto, me ceñiré a una constelación muy simplificada, formada por cuatro medidas o medios alternativos de protección relativos a los tres primeros meses de embarazo. La primera medida, M_1, es una prohibición estricta, que sólo admite el aborto en caso de que la vida de la madre esté en peligro. M_2 consiste en una prohibición débil, que admite el aborto por motivos sociales. M_3 abandona el sistema de prohibición y excepción y sólo exige asesoramiento que, no obstante, está ligado a la posibilidad de concesión de ayuda financiera. Por último, M_4 permite simplemente el aborto libre en los tres primeros meses de embarazo. Esto puede considerarse protección únicamente en el sentido en que el aborto es libre sólo durante los tres primeros meses. No pretendemos resolver aquí la problemática constitucional del aborto. La adscripción de valores a las cuatro medidas, M_1 a M_4, sólo revela la estructura de la conexión

entre proporcionalidad y alternatividad. Esta estructura sería la misma incluso si los valores correctos fuesen otros, y no cambiaría si, por lo que respecta al *nasciturus*, no se considerase su derecho a la vida, sino sólo una obligación del estado de proteger la vida del feto.

El primer punto importante es que, del lado del derecho a protección, en nuestro caso el derecho del *nasciturus* a la vida (P_i), siempre tienen relevancia dos líneas de valores, mientras que, del lado del derecho de defensa, normalmente sólo hay una digna de consideración. La primera línea representa el grado de protección. Si uno la conecta con la línea de la intensidad de la interferencia con el derecho de defensa, en nuestro caso el derecho de la madre a la personalidad (P_j), surge una secuencia doble como la siguiente:

P_i		P_j
grado de protección (D_i)		intensidad de interferencia (I_j)
s	M_1	*s*
m	M_2	*m*
m	M_3	*m* (P_k)
l	M_4	*l*

Esto parece una secuencia de empates y, de acuerdo con la Fórmula del peso, significaría que todas las medidas son igualmente proporcionales y, por tanto, igualmente constitucionales. No obstante, esta impresión sólo surge porque la doble secuencia no logra presentar todo el panorama. El análisis de la sentencia del caso Titanic ha mostrado la relevancia de otro elemento: el impacto que tiene la omisión de la medida de protección sobre el derecho a protección. Este elemento ha sido descrito como la violación del derecho a protección por parte de $\neg M$. Su intensidad viene representada por I_i. I_i se refiere a la intensidad de la no protección, D_i al grado o intensidad de protección.

El problema en nuestro caso es que estamos tomando en consideración más de una medida. La estructura alternativa implica que las negaciones de las distintas medidas, por ejemplo $\neg M_2$, no tienen un equivalente definitivo. $\neg M_2$ puede equivaler a M_1, así como a M_3 o a M_4. En el caso de M_1, no se violaría el derecho a protección; en el de M_4, sin embargo, es posible asumir que se produce una violación. El concepto de violación, empero, contiene la clave de la solución. Lo que nosotros nos preguntamos es si se viola el derecho a protección. Se viola si la protección ofrecida, en relación con la intensidad de interferencia con el derecho de defensa, no es

suficiente. Esto permite considerar la intensidad de violación del derecho a protección por parte de $\neg M_n$ sencillamente como la intensidad de no protección al no adoptar M_n sino, en su lugar, una medida con un siguiente menor grado de protección de la lista D_i, esto es, en nuestro caso, M_2 o M_3 en vez de M_1, o M_4 en vez de M_2 o M_3. Esto se podría llamar la Regla de la Negación en Cadena. La negación en cadena no es una negación absoluta sin un equivalente, sino una negación relativa. La relatividad se proporciona en la lista. Sobre esta base, puede ofrecerse un panorama mucho más completo a través de las tres secuencias siguientes:

	P_i		P_j
I_i	D_i		I_j
$\neg M_1$: l	s	M_1	s
$\neg M_2$: m	m	M_2	m
$\neg M_3$: m	m	M_3	m (P_k)
$\neg M_4$: s	l	M_4	l

M_1 y M_4, según los valores asignados, son desproporcionados. En el caso de M_1, el principio de proporcionalidad aparece como una prohibición de demasiado (*Übermaßverbot*), en el de M_4, como una prohibición de demasiado poco (*Untermaßverbot*). Esto demuestra que am-

bas prohibiciones son elementos de proporcionalidad y no normas independientes[21].

M_3 logra el grado de protección (D_i) *m* porque incluye no sólo asesoramiento, sino también ayuda financiera. Los fondos públicos se encuentran disponibles de forma limitada. El principio de la capacidad financiera del estado excluye la noción de que cualquier

---

[21] La prohibición de "demasiado" (*Übermaßverbot*) se viola cuando el principio de proporcionalidad se viola a través de un acto que interfiere con un derecho de defensa. La prohibición de "demasiado poco" (*Untermaßverbot*) se viola cuando el principio de proporcionalidad se viola a través de una omisión de protección. Esta omisión puede ser la omisión total de protección o de un cierto grado de protección. Por tanto, Hain tiene razón al afirmar que la prohibición de "demasiado poco" no requiere nada que no haya requerido ya el principio de proporcionalidad. Nuestro ejemplo muestra, sin embargo, que se equivoca al sostener que el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad al derecho de defensa ya implica el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad al derecho a protección, lo que una vez más implicaría que siempre existe únicamente un medio o medida M_n proporcional (véase K.-E. Hain, "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot", en *Deutsches Verwaltungsblatt* (*DVBl*), 108, 1993, pág. 983). La posibilidad de M_2 y M_3 muestra que no es cierto que nunca exista un abanico entre la prohibición de "demasiado" y la de "demasiado poco" (ibid.), y que esto se debe no sólo a la discrecionalidad epistémica, sino también a la sustancial. El carácter tosco del baremo y la alternatividad entrañan que la identidad de estructura no implica identidad de resultado.

violación de los derechos constitucionales que, en principio, podría evitarse con medios financieros, deba evitarse de esta forma. Quizás podrían evitarse muchos delitos y, de esta forma, también muchas interferencias en la libertad de los delincuentes, y, al mismo tiempo, podría lograrse un alto grado de protección, si cada delincuente potencial recibiera un respaldo financiero por parte del estado equivalente a un sueldo medio. Sin embargo, hasta la fecha, nadie parece haber sostenido que la constitución así lo requiera. El principio de la capacidad financiera del estado como principio sustantivo[22] puede justificar el que no se adopte un medio que interfiera de forma menos intensiva si el medio que interfiere de manera más intensiva produce costes considerablemente inferiores[23]. En nuestra constelación, el principio de la capacidad financiera del estado se encuentra representado por P_k. M_3 interfiere de forma menos intensiva con P_j que M_2. Si se considerasen únicamente M_3 y P_j, el valor sería l. Pero si se combinara la intensidad de interferencia de P_j y P_k, el valor aditivo sería m[24]. Por esta razón, en el caso de M_2 y M_3 nos topamos

---

[22] W. Cremer, *Freiheitsgrundrechte* (Tübingen, 2003), pág. 323.

[23] BVerfGE 77 (1987), 84, 110.

[24] Véase al respecto R. Alexy, *Die Gewichtsformel*, cit., pág. 791.

con empates en el mismo nivel. Esto significa que el legislador tiene discrecionalidad para optar por M_2 o M_3. En nuestra constelación, las únicas alternativas a M_2 y M_3 son M_1 y M_4, y ambas están prohibidas. Por tanto, el legislador debe escoger entre M_2 o M_3. En la vida real hay más posibilidades, lo que equivale a decir que el número de problemas aumenta[25].

---

[25] En caso de contar con tres medios, M_1, M_2 y M_3, pueden atribuirse 27 combinaciones distintas de *l*, *m* y *s* a I_i y a I_j, respectivamente, de no excluirse distribución alguna de valores, es decir, aceptando *sss* o *mlm* y *lms*. Esto significa que pueden concebirse 729 pares de estas 27 combinaciones. Si el número de medios de protección (M_n) aumenta o si, en lugar del simple baremo triádico, se usa otro más perfeccionado, como el baremo triádico doble, el número de posibilidades aumenta de forma exponencial. No sería ninguna sorpresa descubrir que este laberinto de posibilidades oculta una gran cantidad de problemas desconocidos. Afortunadamente, muchas de las combinaciones lógicamente posibles no tienen una probabilidad empírica muy elevada. Un ejemplo de ello es I_i (*l*, *m*, *s*) y I_j (*m*, *l*, *s*). ¿Por qué habría de implicar una interferencia (I_j) grave (*s*) con el derecho de defensa (P_j) una falta de protección grave (I_i) del derecho a protección (P_i), mientras que interferencias menos graves con P_j (*m*, *l*) dan lugar a una falta de protección menos grave (*l, m*), es decir, más protección, de P_i? En dicho caso, la vida acude en ayuda de la lógica. No obstante, incluso nuestro poco realista par de combinaciones puede ofrecer una solución. M_3 (*s*, *s*) se excluye por innecesario, puesto que puede lograrse una interferencia menos intensiva con P_j a través de M_1 o M_2 con mayor protección de P_i. M_1 es desfavorable a P_j en la misma medida en que M_2 lo es a P_i. Éste es un caso especial de línea de empate. La forma normal de una línea de empate es I_i (*s*, *m*, *l*) y I_j (*s*, *m*, *l*).

Pero la estructura de dichos problemas sigue siendo la misma. Esta estructura deriva de la combinación de proporcionalidad y alternatividad.

Uno podría preguntarse si no cabría emplear una segunda línea, no sólo en el caso de la protección, sino también en el de la interferencia; una segunda línea referida, no a la intensidad de interferencia (*I*), sino al grado de consecución (*D*). En el caso de los derechos a protección, está bastante claro cuál es el grado de consecución. Es el grado de protección que se consigue con la medida adoptada (M_n). En el caso de los derechos de defensa, no es tan sencillo determinar cuál es la consecución. En este caso los derechos en cuestión son derechos a la acción negativa, y normalmente se produce una consecución (logro) por medio de una acción positiva. A efectos de simplificación, sólo abordaremos aquí el caso de M_n tomado como una ley que prohíbe o permite algo, como sucede con M_1,

---

Tal línea expresa un "meta empate". No sólo existe un empate entre *s* y *s*, *m* y *m*, y *l* y *l*, sino también entre *ss, mm* y *ll*. En nuestro ejemplo, las relaciones *lm* y *ml* corresponden con esto a condición de que las pérdidas y ganancias se tomen tan en serio por lo que respecta a los derechos a protección como a los de defensa, cuando ambos tipos de derechos tengan un valor abstracto equivalente. En este caso, podremos hablar, por lo que respecta a *lm* y *ml*, de un "empate cruzado".

M_2, y M_4 en la constelación del aborto. El equivalente al grado de protección (D_i) es pues el grado de libertad (D_j). La "libertad" es entendida por tanto como un permiso legal para hacer o dejar de hacer algo. Resulta sencillo reconocer que el grado de libertad depende directamente de M_n. M_1, por ejemplo, significa, al mismo tiempo, un grado de libertad (D_j) pequeño o leve (l) y una interferencia (I_j) grave (s) con el derecho de defensa (P_j). Esto muestra que en el caso de un derecho de defensa, no sólo puede determinarse directamente la intensidad de interferencia (I_j) sino también el grado de realización (D_j) con respecto a la medida o medio en cuestión (M_n). No es necesario un rodeo que desemboque en la omisión del medio ($\neg M_n$) con objeto de calcular tanto el grado de realización (D_j) como la intensidad de interferencia (I_j), es decir, de no realización. Ello se debe a que, en el caso de los derechos de defensa, no debe producirse nada. Lo único que requieren es que no se interfiera con lo existente. Esto significa que, en el análisis final, es la diferencia entre acción positiva y omisión la que explica por qué basta con M_n, en el caso de los derechos de defensa, para determinar la intensidad de interferencia (I_j), así como el grado de realización (D_j), mientras que no ocurre así con respecto a los derechos a protección.

La distinción entre I_i y D_i reviste una gran importancia práctica en el examen de la infracción de un derecho a protección. En cambio, cuando se trata de averiguar si se ha infringido un derecho de defensa, no desempeña prácticamente ninguna función. La razón de ello queda clara al añadir una secuencia relativa a D_j a las tres secuencias previamente empleadas para plasmar la constelación del aborto. Ahora se usará de manera ligeramente modificada, con la supresión de P_k. Para ello, sólo tenemos que imaginar una sociedad en la que las cuestiones financieras no jueguen ningún papel cuando la vida o la libertad humanas se vean afectadas. En este caso, el valor de interferencia de M_3 del lado de la defensa ha de ser determinado exclusivamente con respecto a P_j. Esto significa que cambia de *m* a *l*. De esta forma, el resultado es el siguiente esquema con cuatro secuencias:

	P_i			P_j	
	I_i	D_i		I_j	D_j
$\neg M_1$:	*l*	*s*	M_1	*s*	*l*
$\neg M_2$:	*m*	*m*	M_2	*m*	*m*
$\neg M_3$:	*m*	*m*	M_3	*l*	*s*
$\neg M_4$:	*s*	*l*	M_4	*l*	*s*

La reducción del valor de interferencia de M_3 del lado de la defensa, de *m* a *l*, hace que

M_2 deje de ser proporcional. Esto es producto, no de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, de la ponderación, sino del principio de necesidad. Deja de ser necesaria una interferencia media (*m*) con P_j, puesto que puede lograrse el mismo grado de protección (D_i) a través de M_3, que infringe P_j de forma menos intensa (*l*) que M_2 (*m*).

Podemos encontrar valores iguales no sólo en la línea de graduación de P_i (D_i), sino también en la de P_j (D_j). Hay, naturalmente, una diferencia en la interferencia con P_j al comparar la imposición de asesoramiento (M_3) con la admisión del aborto libre en los tres primeros meses de embarazo (M_4), que se podría representar fácilmente con un baremo más refinado, como el triádico doble. No obstante, nos limitaremos al baremo triádico sencillo, que permite considerar tanto M_3 como M_4 como interferencias leves (*l*). Así, podremos realizar un examen inverso de la necesidad. Bajo esta condición, cabe preguntarse si M_4, ya excluido por su desproporción en sentido estricto, se excluye también debido a la necesidad. M_4 no es necesario para lograr el grado de libertad (P_j) expresado por '*s*' (D_j), pues dicho grado también puede lograrse a través de M_3, que ofrece un grado de protección superior (D_i), a saber, *m*. Desde el punto de vista de los derechos a protección, se puede denominar "interno" al primer examen de la

necesidad, puesto que comienza con la observación de que M_2 y M_3 son igualmente idóneos para P_i. Por su parte, al segundo examen de la necesidad se le puede denominar "externo", pues comienza con la observación de que M_3 y M_4 son igualmente idóneos para P_j, es decir, el derecho de defensa que choca con el derecho a protección[26].

Ahora, la única pregunta que debe responderse es si necesitamos D_j para determinar la proporcionalidad de cualquier medio o medida (M_n). La respuesta es negativa. Podemos usar D_j pero no estamos obligados a ello. La proporcionalidad en sentido estricto puede determinarse completamente en la relación de I_i con I_j. La adecuación y la necesidad se refieren al óptimo de Pareto. Para ello, basta con tomar I_j y bien D_i o I_i, lo que viene a significar que se puede prescindir perfectamente de D_j. Ésta no es sino una muestra más de la asimetría fundamental entre los derechos de protección y defensa, debida a la diferencia entre acto y omisión como una de las diferencias más marcadas en el ámbito del deber ser y del bien, es decir, en el ámbito de todas las disciplinas prácticas.

---

[26] Véase M. Borowski, "Grundrechtliche Leistungsrechte" (en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 50, 2002, pág. 301 y sigs.), págs. 319-20.

7. Discrecionalidad

La discusión del aborto ha mostrado que la idea de los derechos a protección no excluye toda discrecionalidad por parte del poder legislativo, tal como sostiene la objeción del punto más alto. La cuestión es hasta qué punto puede esto generalizarse. Para mostrar cómo podría responderse a esta pregunta, echaremos un vistazo, por último, a algunos elementos de la teoría de la discrecionalidad.

Existen dos tipos de discrecionalidad legislativa: sustancial o estructural[27], por una parte, y epistémica, por otra. La discrecionalidad sustancial del poder legislativo consiste en todo aquello que las normas constitucionales ni ordenan ni prohíben. La discrecionalidad epistémica consiste en la competencia del poder legislativo para determinar, en casos de incertidumbre, lo que ordenan o prohíben las normas constitucionales, y lo que dejan libre. El alcance de esta competencia o poder equivale al alcance de la correspondiente falta de competencia del tribunal constitucional. La discrecionalidad sustancial es mucho menos problemática que la epistémica. El que el poder legislativo goce de libertad allí donde la constitución no contemple obligaciones rele-

[27] En R. Alexy, *Teoría*, pág. 449, y *Epílogo*, págs. 28 y 32.

vantes no precisa justificación alguna. Por el contrario, el que disponga de competencia de decisión cuando se plantee si goza o no de libertad ya no es tan evidente. Con el fin de responder al reproche del exceso de constitucionalización, basta con analizar la discrecionalidad sustantiva.

Existen tres tipos de discrecionalidad sustantiva: (1) discrecionalidad para la selección de medios, (2) discrecionalidad para la fijación de fines, y (3) discrecionalidad para la ponderación. La discrecionalidad para la ponderación es el producto de la ocurrencia de empates debidos con frecuencia al hecho de que en derecho sólo son aplicables baremos relativamente toscos. Este tipo de discrecionalidad sustantiva ya se ha recogido en el ejemplo del aborto. Por este motivo, ahora sólo consideraremos la discrecionalidad para la selección de medios y la fijación de fines.

7.1. Discrecionalidad para la selección de medios

La discrecionalidad para la selección de medios está directamente relacionada con los derechos constitucionales sólo en el caso de los derechos a la acción positiva del estado. No deriva de nada más que de su estructura alternativa, que ya ha sido descrita. Lo único

que añadiremos en este punto es que la discrecionalidad para la selección de medios es el único tipo de discrecionalidad que es específico de los derechos a la acción positiva del estado. Los demás tipos de discrecionalidad también pueden encontrarse presentes en el caso de los derechos de defensa. Aquí sólo se puede concebir una diferencia de grado. Se trata éste de un corolario de la tesis que afirma que la única diferencia estructural entre los derechos a protección y los de defensa es la alternatividad.

7.2. Discrecionalidad para la fijación de fines

El segundo tipo de discrecionalidad sustantiva, la relativa a la fijación de fines, reviste una importancia vital para comprender los derechos a protección. La discrecionalidad para la fijación de fines está clara cuando lo que está en juego son las restricciones a derechos de defensa. Muchas disposiciones relativas a derechos de defensa contienen una autorización al poder legislativo para limitar su disfrute. Dicha autorización otorga al poder legislativo el poder constitucional para decidir por sí mismo si y sobre la base de qué objetivos y políticas desea restringir el disfrute del derecho. Este poder de restricción se ve limitado de nuevo, naturalmente, por el principio de proporcionali-

dad, pero dentro de dichos límites se trata de un caso de discrecionalidad.

Todo esto tiene relevancia no sólo con respecto a los derechos de defensa, sino también en relación con los derechos a protección. Los derechos a protección prohíben taxativamente al poder legislativo pasar por debajo del nivel en que comienza la desproporción. Por encima de dicho nivel, los derechos a protección como principios siguen exigiendo, *prima facie*, que se otorgue más protección. No obstante, debido al derecho de defensa en colisión, esta exigencia como tal puede no ser suficientemente fuerte. En este caso, el derecho a protección es relevante pero no determinante[28]. Es en este punto cuando entra en juego la autorización al poder legislativo para limitar los derechos constitucionales con objeto de promover objetivos y políticas. Naturalmente, no existe discrecionalidad con respecto a la decisión de si debe otorgarse o no protección. El derecho a protección como tal no queda a disposición del poder legislativo. Pero la discrecionalidad para la fijación de fines incluye discrecio-

[28] Acerca de esta distinción, véase R. Alexy, "Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungs gerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit" (en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (*VVDStRL*), 61, 2002, pág. 7 y sigs.), pág. 26.

nalidad con respecto al grado en que debe promoverse un objetivo, y esto es aplicable igualmente a los derechos a protección. El poder legislativo puede decidir en favor de una política de protección, lo cual puede justificar, en conexión con el derecho a protección, una infracción más intensiva de los derechos de defensa de lo que podría justificar, por sí solo, el derecho a protección. Sin embargo, lo mismo sucede con los derechos de defensa. El poder legislativo puede no sólo adoptar una política que favorezca los derechos a protección; también puede optar por favorecer los derechos de defensa, todo ello, naturalmente, dentro de los límites de la proporcionalidad.

Un ejemplo de ello es la resolución dictada en 1998 por el Tribunal Constitucional Federal en relación con la protección frente a los despidos. En dicha ocasión se planteó si las empresas con menos de cinco empleados podían quedar exentas de las relativamente estrictas disposiciones sobre despidos de la legislación laboral, con lo que los empleados de dichas empresas que fueran despedidos sólo disfrutarían de la relativamente débil protección general del derecho privado. Aquí el libre ejercicio de la profesión de los empresarios, garantizado por el artículo 12 (1) de la Constitución alemana como un derecho de defensa, entraba en colisión con el deber

protector del Estado, también contemplado en el artículo 12 (1), para con los empleados. El Tribunal Constitucional Federal exigió la optimización de ambos: "Las posiciones enfrentadas de los derechos constitucionales han de entenderse en el contexto de sus repercusiones mutuas, y deben limitarse de forma que tengan la mayor efectividad posible para todos los afectados"[29]. Al mismo tiempo, el Tribunal garantizó al poder legislativo una "amplia libertad de creación de normas", abarcando no sólo valoraciones empíricas, sino también "la evaluación de la variedad de intereses, o dicho de otro modo, la ponderación de exigencias enfrentadas y la determinación de su necesidad de protección"[30]. En este punto la decisión se vuelve un tanto confusa, como suele suceder con las sentencias relativas a discrecionalidad y protección. Esta cita puede interpretarse de dos modos: (1) como la garantía de la discrecionalidad epistémica normativa y (2) como la concesión de discrecionalidad para la fijación de fines. Aquí sólo nos interesa la segunda posibilidad. Un caso de discrecionalidad para la fijación de fines se expresa en esta decisión de la forma más clara en el momento en que el Tribunal justifica la constitucionalidad de la decisión del poder legislativo contra los inte-

---

[29] BVerfGE 97 (1998), 169, 176.

[30] Ibidem.

reses de los empleados con el argumento de que los intereses empresariales eran considerados "*por el poder legislativo* como especialmente dignos de protección"[31]. Juzgar relevante el mero hecho de que el poder legislativo considere algo como digno de protección equivale a reconocer su competencia para dirimir la cuestión, es decir, su discrecionalidad. Esto muestra que la discrecionalidad para la fijación de fines existe no sólo al restringir los derechos de defensa, sino también cuando no se protegen los derechos a protección.

Lo dicho acerca de la discrecionalidad sustantiva parece suficiente para rechazar la objeción de la sobredeterminación o exceso de constitucionalización. El examen de la discrecionalidad epistémica así lo corroboraría.

[31] Ibidem, 180. La cursiva es mía.

REFLEXIONES SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES

Gregorio Peces-Barba

1.

Los derechos sociales no están hoy generalmente reconocidos ni en la doctrina ni en las legislaciones positivas. El ámbito geográfico más favorable a los derechos sociales es el europeo, así como el ámbito académico y doctrinal es el de profesores y teóricos que se mueven en entornos ideológicos liberal-progresistas y socialdemócratas. El profesor Alexy, en su completa y sugestiva *Teoría de los derechos fundamentales*, los reconoce y los sitúa en el marco de los derechos a acciones positivas del estado (prestaciones en sentido amplio) junto con los derechos a protección y los derechos a organización y procedimiento, denominándoles derechos a prestaciones en sentido estricto. Hay muchos rasgos de la teoría del profesor Alexy con los que coincido, pero me parece más útil en este acto señalar aquellos que sostengo y defiendo desde hace muchos años, tanto en mi *Curso de derechos fundamentales* como en otros traba-

jos más específicos referidos a los derechos sociales[1].

El punto de partida de mi intervención es la idea de dignidad humana, que considero la base de la ética pública de la modernidad y que se realiza socialmente a través del derecho en diversos ámbitos y, en este caso, a través de los derechos sociales. Es la dignidad humana como posibilidad fáctica y como idea normativa. En el primer sentido la dignidad humana puede ser realizada, o al menos podemos aproximarnos a su realización a lo largo de la vida humana, en sus dimensiones fundamentales, que son las que nos distinguen de los restantes animales: nuestra capacidad de elegir; de construir conceptos generales y de razonar, que está en la raíz del pensamiento

---

[1] G. Peces-Barba (con la colaboración de R. de Asís Roig, C. R. Fernández Liesa y Á. Llamas Cascón), *Curso de derechos fundamentales* (Madrid, BOE y Universidad Carlos III de Madrid, 1995). Véase también G. Peces-Barba, "Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales" (en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, págs. 195-213). En el mismo ámbito de preocupaciones, véase del mismo autor "Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada" (en Id., *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 119-175); y "Escasez y solidaridad: una reflexión desde los clásicos" (en F. Mariño Menéndez y C. R. Fernández Liesa, eds., *El desarrollo y la cooperación internacional*, BOE y Universidad Carlos III de Madrid, 1997, págs. 19-33).

filosófico, científico y técnico; de crear belleza desde plurales cánones estéticos, que está en el origen del arte y de la literatura; de comunicarnos y de dialogar, que está en el origen del lenguaje y de la cultura; de vivir bajo un sofisticado sistema de normas para afrontar la escasez, el egoísmo y la violencia, que es el origen del derecho; y, por fin, de buscar el sentido último de la existencia, el bien, la virtud, la felicidad o la salvación, que es el fundamento de la ética privada de cada uno. Kant formalizará esta tradición moderna e ilustrada cuando sostiene que nuestra dignidad, que es nuestra autonomía y nuestra capacidad de autodeterminación, consiste en que somos seres de fines, que no podemos ser utilizados como medios y que no tenemos precio. La dignidad es individual y es también del conjunto de la humanidad, por lo que debemos hablar de igual dignidad de todos los seres humanos. Al pasar de la posible facticidad a su carácter normativo, al deber ser que suponen para realizarnos como personas, encontramos las razones para la procura existencial, para la acción positiva de los poderes públicos, que utilizan, entre otros, el instrumento de los derechos sociales para ayudar a satisfacer necesidades básicas que muchos individuos no pueden alcanzar por sí mismos y que impedirían radicalmente el desarrollo de la dignidad de esas personas.

Tanto en el sistema alemán como en el español existe el referente ético de la "dignidad humana" en las respectivas constituciones[2] y en la jurisprudencia constitucional. De ese concepto básico nacen los valores superiores de los ordenamientos jurídicos, las ideas de libertad, de igualdad, de solidaridad (o fraternidad) y de seguridad, que son las categorías normativas básicas, que pasan de la ética pública al derecho para optimizar un sistema de convivencia y de organización social que permita lo más posible el desarrollo de la dignidad humana de la mayor cantidad posible de personas. Como el valor central es la libertad también se puede hablar de libertad igual, libertad solidaria y libertad segura como condiciones sociales –"…bienes materiales y espirituales en tanto presupuestos de la autodeterminación…"–, como diría muy precisamente Alexy[3]. En todo caso, los derechos fundamentales prolongan y extienden en el ordenamiento jurídico a partir de la consti-

---

[2] Véase el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn y el artículo 10.1 de la Constitución Española. El texto alemán afirma que "La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder político". El planteamiento español es el siguiente: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social".

[3] Véase R. Alexy, *Teoría*, pág. 487.

tución estos valores, primer escalón de la realización social de la dignidad humana.

2.

En el sistema español se añade un precepto constitucional que fija las obligaciones de los poderes públicos en esta materia y justifica y fundamenta la existencia de los derechos sociales. Es el artículo 9.2 de la Constitución Española, que afirma: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Estamos ante una toma de posición contundente a favor de la intervención de los poderes públicos para corregir desigualdades y faltas de libertad y para impulsar su desarrollo. Estamos ante las antípodas del estado mínimo y donde se legitima el estado social y la función promocional del derecho.

Este texto tiene un precedente en el artículo 3º, párrafo segundo, de la Constitución Italiana de 1947, aunque éste está más limitado porque sólo trata de remover los obstáculos y no de promover las condiciones y se refiere a los ciudadanos y a los trabajadores y no a

todos los individuos ni a los grupos de que forman parte.

En todo caso, el artículo 9.2 habilita, desde los valores de libertad e igualdad como realización de la dignidad humana, a la realización de los derechos sociales como forma de promoción y de remoción de obstáculos al desarrollo de la personalidad de quienes no pueden por sí mismos satisfacer necesidades básicas radicales, como la alimentación; de mantenimiento y de mejora, como la vivienda, la protección de la salud, la seguridad social o la educación.

En el origen histórico de los derechos sociales se trataba de apoyar a quienes no podían por sí mismos alcanzar algunos aspectos de su desarrollo humano, necesidades que no estaban a su alcance. Eran, pues, derechos específicos de quienes los necesitaban y encontraron gran resistencia de quienes afirmaron, desde un liberalismo económico y desde un «laissez faire» radical, que cada uno debía desarrollarse por sí mismo y que no se debía ayudar a nadie. En España el artículo 9.2 zanja la disputa. Al tiempo, en Europa en general y también en España se procede a un proceso de generalización de estos derechos, que pasarán de ser derechos sociales para quienes los necesitaban, específicos y fundamentados en la igualdad como diferenciación,

a ser derechos de todos, de nuevo del hombre genérico, generalizándose la titularidad a favor de todos. A partir de esa generalización serán derechos clásicos desde el punto de partida, con todos los ciudadanos y personas residentes como destinatarios. El peligro de esa generalización es que la escasez de recursos dificulta esa titularidad de todos y que aparezca el fantasma de la crisis fiscal del estado.

3.

Junto a los derechos sociales aparecen desde la misma estructura intelectual los derechos específicos, que ya no son de todos sino que exigen un trato desigual para conseguir la igualdad y la equiparación con las personas que gozan de plenitud de derechos, de aquellos colectivos que se encuentran en la vida social en inferioridad de condiciones. Puede ser por razones culturales –la mujer–, de edad –los niños y los ancianos–, de enfermedad –los discapacitados–, de situación social –los consumidores y los usuarios–, de limitación de libertad –los enfermos, los presos o los soldados–. Son derechos para minorías desfavorecidas y necesitadas de protección, pero, a diferencia de los privilegios medievales –"otorgados a algún lugar o algún home para facerle bien e merced"–, no pretenden mantener las diferencias sino superar-

las. Por eso, ante la desigualdad en el punto de partida, pretenden la igualación en el punto de llegada para hacer posible una convivencia igual desde posiciones equiparables en la calidad de vida, en los medios de que disponen, en el ámbito de protección de que cada uno disfruta. Son también derechos sociales que enriquecen el acervo de los originarios derechos de pobres y trabajadores, hoy generalizados y convertidos en derechos de todos y que tienen igualmente su origen en la idea de igual dignidad.

4.

Es verdad, como dice el profesor Alexy, que existe una dificultad para la consideración de los derechos sociales como derechos plenos por ser difícilmente justiciables y, también, porque suponen un esfuerzo económico cuantioso que choca con la escasez, que es una realidad en la que se encuentran todas las sociedades. En todo caso, esas dificultades no diluyen el mandato radical de la constitución de remover los obstáculos y promover las condiciones para que la libertad y la igualdad puedan ser reales y efectivas para todos, aunque sí obligan a distinguir entre los derechos sociales distintas categorías.

a) En primer lugar, están los derechos sociales que se encuentran totalmente equipa-

rados a los derechos de libertad o de participación política, porque están plenamente desarrollados con financiación total y son justiciables plenamente, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El ejemplo claro en el derecho español es el reconocimiento y la garantía de la enseñanza básica, obligatoria y gratuita (art. 27.4), en el marco genérico del derecho a la educación y de la libertad religiosa.

b) En segundo lugar, están los derechos sociales, que tienen una estructura y una organización similar a los derechos clásicos de libertad y que, por consiguiente, no tienen problemas de financiación, ni suponen dificultad para ser justiciables: lo son en plenitud, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Me refiero a la libertad sindical y el derecho de huelga (art. 28.1 y art. 28.2). Aunque se puede decir que estos derechos sociales son derechos a prestaciones en sentido amplio, como derechos a protección.

c) Nos encontramos finalmente, entre los derechos sociales posibles, con unos derechos incompletos, donde se recoge el principio, el ámbito a proteger y los posibles beneficiarios, pero donde no se ha desarrollado la dimensión subjetiva, sino que ésta se deja a criterio del legislador, que puede desarrollarla por ley.

Entre estos derechos se pueden encontrar: el derecho a la protección social de la familia y de los hijos y de las madres (art. 39); el derecho a la formación y readaptación profesional, a la seguridad e higiene en el trabajo y demás derechos en el ejercicio del trabajo (art. 40.2); a la seguridad social (art. 41); a la protección de la salud (art. 43); al acceso a la cultura (art. 44.1); el derecho al medio ambiente y a la utilización racional de los recursos naturales (art. 45); a la vivienda (art. 47); a la participación de la juventud (art. 48); a la suficiencia económica de los ciudadanos en la tercera edad (art. 50); a la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51). Todos estos derechos aparecen como valores y como principios y sus destinatarios son los operadores jurídicos, especialmente los legisladores, los jueces y los funcionarios. Sólo con esa intermediación institucional del legislador podrán ser alegados por los titulares posibles ante los tribunales de acuerdo con la ley que los desarrolle. Son normas de segundo grado que mandan mandar y que establecen obligaciones de respeto a su contenido por parte de los poderes públicos concernidos, especialmente a los poderes legislativo y reglamentario. No se puede exigir su garantía y su reconocimiento por los tribunales si no existe ley que los desarrolle, pero los posibles beneficiarios están protegidos porque sí es obligatorio su respeto por los tres poderes del

estado, que no podrán actuar contra ellos, que no podrán realizar políticas ni construir jurídicamente en contradicción con estos parámetros.

5.

Existen dos derechos sociales arraigados socialmente y que debemos descartar como tales e, incluso, como derechos fundamentales. El primero de ellos es la principal reivindicación de la burguesía comercial e industrial en su lucha por la emancipación de la monarquía absoluta a partir de los siglos XVII y XVIII, uno de los núcleos básicos del capitalismo: me refiero al derecho de propiedad, que es un derecho a prestación en sentido amplio como derecho a protección en la tipología del profesor Alexy[4]. El otro derecho corresponde a la principal reivindicación de la izquierda europea desde la aparición de la clase trabajadora y de la toma de conciencia de sus derechos. Me refiero al derecho al trabajo como derecho a pedir y a recibir un puesto de trabajo. En la Constitución Alemana el derecho de propiedad está garantizado en el artículo 14 y, sin embargo, no se recoge el derecho al trabajo en el sentido aquí señalado de derecho a reclamar un puesto de

---

[4] Véase esa clasificación en R. Alexy, *Teoría*, pág. 430.

trabajo, sino que sólo se reconoce la libertad de trabajo (art. 12). En la Constitución Española están regulados tanto el derecho de propiedad (art. 33) como el derecho al trabajo (art. 35).

Sin embargo, por distintas razones, ni el derecho de propiedad ni el derecho al trabajo pueden ser incluidos entre los derechos fundamentales. Lo indiqué en un trabajo de 1990 publicado en la revista *Sistema*, "El socialismo y el derecho al trabajo"[5]. Estamos ante dos pretensiones afectadas por la escasez, que impide su generalización y, por consiguiente, su consideración como derecho fundamental. La propiedad se concibe como el derecho de los propietarios a defender su propiedad, pero no aparece como un derecho de todos a alcanzar la propiedad, no es generalizable. Es una norma muy importante en el derecho privado, pero no un derecho fundamental.

En cuanto al derecho al trabajo, la escasez lo hace de imposible generalización. Además existen razones técnicas que imposibilitan su construcción como derecho fundamental en una sociedad de mercado como la actual, donde el poder público es un empleador secundario frente a los empleadores privados.

---

[5] También incluido en G. Peces-Barba, *Derecho y derechos fundamentales*, cit., págs. 411-423 [n. del e.]

El titular del presunto derecho subjetivo al trabajo no se podría dirigir a los poderes públicos para exigirles el deber de proporcionar trabajo y menos podría solicitar que se obligase a los empleadores privados a proporcionar el empleo, porque estaríamos fuera de la sociedad de libre mercado. El derecho al trabajo es un desiderátum, un gran principio moral que difícilmente en la cultura histórica de nuestro tiempo se puede construir desde la categoría de los derechos fundamentales. Son razones técnicas y la imposibilidad de construirlo como derecho subjetivo, que tiene como opuesto un deber sin titular posible, lo que nos lleva a esa conclusión.

6.

Finalmente, en estas breves reflexiones, unas últimas palabras sobre el papel de los tribunales en el desarrollo de los derechos sociales, donde se producen diferencias importantes en relación con los derechos clásicos de libertad, protectores y políticos. Las constituciones, como normas supremas y sede natural de los valores, los principios y los derechos, se desarrollan a través del derecho legal y del derecho judicial. En las constituciones liberales la ley y el juez constitucional, en el mismo nivel general aunque los ámbitos son diferentes, contribuyen al desarrollo y garantía de los derechos. La ley actúa en el

ámbito de posibilidades abiertas por la constitución, normalmente en la zona de claridad. Dentro de las posibilidades jurídicas toma una decisión política al elegir uno de los modelos posibles. Si actúa la ley en la zona de penumbra lingüística o en la textura abierta de la norma es muy probable, si alguien competente para ello discute la constitucionalidad, que necesite el refrendo, o en caso contrario la desautorización del tribunal constitucional. En todo caso, la ley, en el marco de la racionalidad del derecho, es una decisión que se sitúa en el ámbito de la voluntad legitimada democráticamente y, en lo posible, amparada en la racionalidad jurídica.

El juez constitucional no actúa en el marco de la voluntad política, sino que la razón de su intervención afecta a la racionalidad jurídica y se enmarca en el ámbito de la interpretación constitucional. Como toda norma, la constitución tiene detrás una voluntad, pero en este caso su legitimidad es racional y sólo se puede justificar jurídicamente.

En las constituciones sociales, sede de los derechos sociales, que no pretenden sólo la libertad sino una libertad igualitaria, en relación con la libertad el juego de fuerzas –ley, jueces– es idéntica a las constituciones liberales. Pero en el ámbito de la igualdad como diferenciación, sede de los derechos sociales,

la primacía de su desarrollo corresponde a la ley y el papel del juez es subordinado en algunos aspectos esenciales. Con la autorización de la ley actúan los reglamentos para la creación y el funcionamiento de los servicios encargados de la «procura existencial», que distribuyen con los presupuestos los medios económicos. Las razones de esta primacía de la ley son las siguientes:

a) El contexto de escasez que supone administrar medios limitados sobre los cuales hay que tomar decisiones generales.

b) La competencia exclusiva del gobierno y del parlamento en la elaboración y aprobación del presupuesto y el destino de los fondos públicos.

c) La necesidad de tener una visión sistemática y general de las cuantías y de los afectados por la satisfacción de las necesidades básicas.

El juez puede intervenir en el caso concreto, pero no debe, en este ámbito, establecer decisiones que puedan tener un efecto imitativo ni servir de precedente a modificaciones de la distribución general de fondos, lo que podría perjudicar al conjunto de los beneficiados por los derechos sociales. Un ejemplo real derivado de una sentencia de la Audiencia

Nacional española es significativo para comprender el tema.

En la referida sentencia se reconocía una responsabilidad objetiva de la administración sanitaria con respecto a un enfermo muerto mientras estaba en lista de espera. Las listas de espera deben ser corregidas con criterios de carácter general por el parlamento y por la administración sanitaria y son consecuencia de la escasez de medios. Se puede decir que forman parte, aunque sea como problema, del sistema público de salud y que sólo dentro de la planificación general y de la atribución de medios económicos en los presupuestos para atajarlas se puede progresar en su erradicación. La irrupción de una sentencia concreta que produce, una sentencia que distribuye con una indemnización a un enfermo fallecido parte de los fondos generales, sin que haya una declaración de responsabilidad subjetiva, ni dolo, ni culpa o negligencia, supone interponer un criterio tópico en un problema que sólo se puede resolver con decisiones sistemáticas.

Por el contrario, es adecuada la acción del juez constitucional para controlar el desarrollo legislativo de los derechos sociales constitucionales y del juez contencioso-administrativo para realizar la misma tarea en relación con los reglamentos y con su conformi-

dad con la constitución y las leyes. Es especialmente relevante la acción del juez constitucional en los derechos incompletos del grupo tercero, puesto que es la garantía de que no haya desarrollo por el legislador competente de regulaciones en estos temas que puedan suponer desviación de poder al ser contradictorias con los principios rectores. En estos casos, el juez actúa en garantía de la constitución y también de esos derechos sociales no desarrollados pero que poseen un contenido esencial constitucional que no puede ser transgredido.

¿SON LOS DERECHOS SOCIALES DERECHOS FUNDAMENTALES?

POR UNA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS

Francisco J. Bastida

Sumario:

1. La "fundamentalidad de los derechos fundamentales".

   1.1. Fundamentalidad externa (metajurídica).

   1.2. Fundamentalidad interna (jurídica).

2. Fundamentalidad de los derechos y sistema constitucional democrático.

   2.1. La selección de expectativas individuales y sociales y su transformación en derechos fundamentales.

   2.2. Derechos fundamentales y organización jurídica de la democracia.

3. Los derechos fundamentales en la Constitución Española.

   3.1. Dignidad humana y derechos fundamentales. Su función programadora en una constitución democrática.

   3.2. El carácter fundamental de los derechos fundamentales y su manifestación en la Constitución Española. El sentido de la no fundamentalidad de los derechos sociales.

Robert Alexy propone un modelo de derechos fundamentales sociales basado en la teoría de los principios y construida sobre la ponderación entre libertad jurídica y libertad fáctica, entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo relevantes en el plano iusfundamental. Se trata de un modelo complejo que trata de responder a la pregunta de hasta qué punto pueden hallarse en la Constitución derechos sociales que sean, con un carácter definitivo, derechos vinculantes para el legislador y los demás poderes públicos.

Alexy se adentra en una argumentación que a mi juicio acaba por perder de vista el núcleo del problema y que consiste en una pregunta muy simple: ¿cuándo un derecho puede calificarse de "fundamental"? Los derechos sociales serán "derechos fundamentales" si participan del carácter jurídico iusfundamental y si es difícil –pero no imposible– atribuirles ese carácter, será porque su objeto y estructura tal como quedan articulados expresa o tácitamente en la Constitución no están penetrados, o no lo están en suficiente medida, por las notas de la fundamentalidad constitucional.

Comparto con Alexy su planteamiento general de hallar un equilibrio entre libertad fáctica y libertad jurídica, aunque son discutibles los términos en que desarrolla la ponde-

ración. Pero comparto su planteamiento general sólo si es para averiguar cuándo un derecho social es exigible como derecho "fundamental" y siempre que la fundamentalidad la deduzca jurídicamente del texto constitucional y no de una ponderación sociológica. En otras palabras, no debería perderse de vista que el principio de libertad fáctica también es un principio jurídico, que ha de interpretarse, por tanto, teniendo en cuenta no sólo el sistema de libertades jurídicas establecido por la Constitución, sino también el la arquitectura de poderes, funciones y competencias que en ella se establecen y la posición que con arreglo a ello ocupan el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

En las páginas siguientes expondré en qué consiste a mi juicio "la fundamentalidad" de los derechos fundamentales, clave para concluir si se puede hablar de derechos sociales fundamentales.

1. La "fundamentalidad" de los derechos fundamentales

1.1. Fundamentalidad externa (metajurídica)

Como es sabido, el constitucionalismo hunde sus raíces en el modelo iusracionalista, aunque progresivamente fue afirmando su

sentido plenamente positivo al formalizarse en un estado constitucional. Se acabó traduciendo en términos de derecho positivo lo que originariamente se entendía como derecho natural, previo al Estado y condición para la existencia de una constitución. Ello significa que la formación de los derechos fundamentales, como la formación del concepto de constitución, no responde desde su inicio a un modelo propiamente positivista.

En efecto, la evolución entraña una mixtura de modelos, iusracionalista y positivista. A lo largo de los siglos XIX y XX el sistema jurídico-constitucional se fue haciendo más autorreferencial (validez autónoma del derecho positivo, al margen de si su contenido coincide o no con los postulados de un supuesto derecho natural) y se dotó de mayor positividad (capacidad jurídica para regular cualquier materia sin condicionamientos externos, iusracionales o de otro tipo). Pero este proceso fue gradual, sobre todo en Europa, y no siempre sostenido en una misma dirección. La crítica contra el positivismo jurídico en los años 30 del pasado siglo se tradujo en parte en una vuelta al iusracionalismo, a la idea de una suprapositividad que condiciona la positividad del ordenamiento constitucional. La Ley Fundamenal de Bonn (LFB) y su interpretación por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) reflejan esa tendencia. Sos-

tiene Benda en su manual que "los inviolables e inalienables derechos humanos *no han sido creados por la LFB*, sino que ésta los contempla como parte integrante de un ordenamiento jurídico *preexistente y suprapositivo*... se trata de proteger la dignidad como derecho *originario* de todo ser humano".

Esta concepción es, sin embargo, la propia del estado liberal de derecho del siglo XIX y la que da vida a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC). El estado liberal se caracteriza por la radical separación entre estado y sociedad. La constitución aparece como una norma que materializa el contrato social, en virtud del cual los individuos, libres e iguales por naturaleza (relación horizontal), se asocian en una sociedad civil. El poder público (estado) creado por ese contrato sujeta a los individuos (relación vertical) al objeto de organizar la convivencia social en una situación de libertad en la mayor medida posible. En un planteamiento tal el poder no puede ser absoluto, lo cual requiere diferenciar entre el poder constituyente y los poderes constituidos, y éstos, a su vez, deben estar separados entre sí (legislativo, ejecutivo y judicial). Esta limitación *estructural* y *formal* del poder se superpone a la limitación *sustancial* que deriva de la idea de que hay unos derechos *naturales* del individuo que, como tales, *preexisten* al estado. Son

derechos que están en la exclusiva esfera de la sociedad y en ella se hace una proclamación solemne de los mismos. En su seno se *declaran* los derechos inherentes a los seres humanos. El estado liberal los *re-conoce* en su constitución como anteriores a él, y la función para la que es creado es justamente la de respetar su existencia, y darles amparo legal. Todo ello explica por qué el art. 16 de la DDHC establece un concepto material de constitución basado en esos dos elementos: "Toda sociedad en la que la *garantía de los derechos* no está asegurada ni la *separación de poderes* establecida, no tiene constitución".

En el estado liberal de derecho la diferencia entre un derecho fundamental y un derecho simplemente constitucional reside precisamente en esta posición externa y previa de los derechos fundamentales. Subraya C. Schmitt en su *Teoría de la constitución* que "en el estado burgués (liberal) de derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como *anteriores* y *superiores* al estado, aquellos que el estado, no es que otorgue con arreglo a las leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio y sólo dentro de un procedimiento regulado".

De aquí se desprenden varias conclusiones de singular importancia para entender la concepción liberal y su influencia, todavía presente, en la caracterización doctrinal de los derechos fundamentales:

a) La fundamentalidad de los derechos tiene un sentido que podría calificarse de antropocéntrico. Serán "fundamentales" los derechos que se entiendan como más básicos o esenciales del ser humano. Aquellos que se consideren inherentes al desarrollo de su personalidad.

b) La fundamentalidad de los derechos emana del *ser* del individuo, del ser humano, no del *deber ser* de la norma constitucional. La fundamentalidad de los derechos fundamentales está desvinculada del derecho positivo. No tiene que ver con la posición de supremacía de la constitución, como norma fundamentadora del ordenamiento jurídico. Aunque la constitución no los reconozca, existen. Para la doctrina liberal (art. 16 DDHC), si ese reconocimiento no se da, la que no existirá como tal será la constitución (concepto material de constitución), aunque se le llame así a la norma fundamental del estado.

c) En la tajante separación entre estado y sociedad, los derechos fundamentales están

radicados exclusivamente en la esfera social. Se conciben como derechos *absolutos*, en el sentido de espacios de una libertad en principio ilimitada. Ninguna norma positiva los crea y sólo la ley –de manera excepcional y si está constitucionalmente habilitada para ello– los limita. De ahí su calificación de derechos "inalienables, inviolables, imprescriptibles" e incluso "sagrados" (Preámbulo de la DDHC).

d) Al tratarse de una fundamentalidad derivada del nexo de las libertades con la esfera individual y, todo lo más, social (entre individuos), los derechos fundamentales son libertades privadas, sin dimensión política de relación con el poder público. Los llamados derechos de participación (sufragio) o de prestación no son fundamentales. La única relación con el poder es de defensa frente a injerencias que no tengan apoyo legal. Por eso en la doctrina liberal los derechos fundamentales reciben el nombre de *libertades negativas, libertades civiles o derechos de libertad* y se articulan jurídicamente como *derechos reaccionales o de defensa*.

e) La positividad de los derechos fundamentales queda circunscrita al campo de la limitación de los derechos, a la forma que ha de tener la norma limitadora (ley general) y a los procedimientos reaccionales de tutela frente

a aquellas injerencias. Pero es una positividad debilitada, restringida, porque el sistema constitucional liberal renuncia a fundamentar jurídicamente los derechos. La validez de éstos, su existencia jurídica, queda situada fuera y por encima de la constitución.

f) La merma de positividad –y, por tanto, de capacidad jurídica para configurar los derechos fundamentales desde y por la constitución– mantiene a estos derechos en la esfera social y los preserva de injerencias estatales. En principio esto parece favorable a los derechos, pero es también un freno e incluso una barrera a la posibilidad de intervenir desde la esfera jurídico-estatal para garantizar los derechos fundamentales; por ejemplo, cuando los obstáculos que impidan el ejercicio de esas libertades se generen en el seno de la propia sociedad, como consecuencias de las relaciones sociales.

1.2. Fundamentalidad interna (jurídica)

Las constituciones democráticas son históricamente una evolución de las constituciones liberales y, en apariencia, los derechos fundamentales contenidos en ellas son básicamente los mismos. Sin embargo, las normas de derecho fundamental que subyacen bajo un enunciado similar pueden ser muy diferentes

y, sobre todo –y es lo que ahora importa– tienen un fundamento jurídico completamente distinto, porque, en general, las constituciones democráticas se enmarcan en una concepción positivista del ordenamiento jurídico en el que la constitución es la norma jurídica suprema y, como tal, fuente de producción de las demás normas del ordenamiento.

A pesar de este cambio radical, gran parte de la doctrina científica sigue anclada en la fundamentación antropocéntrica y iusracional de los derechos humanos; en el fondo, no se ha asimilado plenamente la idea de que la positivación constitucional de los derechos les priva de su supuesto carácter preestatal, de su pretendida condición *natural* de derechos *inviolables, inalienables e imprescriptibles*. Como decía Jellinek, no todos los que niegan el derecho natural están libres de sus cadenas.

Este erróneo punto de partida dificulta el encontrar respuestas coherentes en asuntos relativos a la titularidad de derechos fundamentales (*nasciturus,* personas fallecidas, personas jurídicas, minorías sociales, etc.), o a su eficacia (nuevas posiciones de los poderes públicos ante los derechos, eficacia horizontal de éstos, etc.), por no hablar de su estructura, objeto y contenido.

Cuando la constitución se erige en norma jurídica suprema y fuente única de la validez o de la aplicabilidad de todas las demás normas que componen el ordenamiento jurídico, el sistema constitucional se hace autónomo y organiza internamente su validez. Por tanto, si la constitución reconoce derechos fundamentales no puede ser como aceptación de una legalidad iusracional previa, externa e intangible. Una constitución no lo es por contener una declaración de derechos, como pretendía el art. 16 de la DDHC. Lo es por su más alta posición jurídica respecto del resto de normas del ordenamiento, o sea, por su carácter de norma fundamentadora de todas las demás. Si esto es cierto, la explicación de por qué unos derechos son "fundamentales" es sencilla. Lo son, porque y en la medida en que participan de esa posición de supremacía que tiene la constitución en la que están insertos; por el contrario, no son calificables como *fundamentales* si carecen de ese rango o quedan desprovistos de él y entran en el campo de la entera y libre decisión del legislador. El *ser* unos derechos que puedan considerarse inherentes a las personas no es la causa de su *deber ser* como normas iusfundamentales. Puede que ese sea el "motivo político" que impulsa al constituyente a incluirlos en la norma fundamental del ordenamiento, pero la "causa jurídica" de su validez como derechos fundamentales está en

la citada posición normativa suprema, que es la que los hace *inviolables* frente a cualquiera que no sea el órgano de reforma constitucional. El derecho a la vida (art. 15 de la Constitución Española, CE) es *jurídicamente* un derecho fundamental porque la CE así lo dispone, es decir, porque establece una pretensión subjetiva de eficacia directa y el legislador no la puede suprimir, y sólo la puede regular en los términos y con la condiciones predeterminadas por la constitución; su validez jurídica no deriva del hecho de que la vida sea esencial para el ser humano; este puede ser –como se dijo antes– el motivo que lleva al constituyente a darle relevancia jurídica a tal pretensión. Por la misma razón pero en sentido contrario, el derecho social a la protección de la salud (art. 43.1 CE) no es un derecho fundamental, a pesar de que nadie dudará de que es *fundamental* para la persona tener garantizada la protección de la salud. Simplemente no es derecho fundamental porque la constitución no lo sitúa en esa posición normativa suprema; su configuración jurídica la encomienda por completo al legislador y el individuo sólo podrá alegar ese derecho en los términos dispuestos en la ley (art. 53.3 CE).

Las dos características que tipifican a un derecho fundamental derivan de la doble dimensión de la constitución en cuanto fuente jurídica: como *fuente sobre las demás fuentes*

y como *fuente suprema de eficacia directa*. En la primera vertiente, la Constitución regula la producción de normas y sus destinatarios son el legislador y los demás poderes públicos, a los que les está vedada la libre disposición sobre los derechos constitucionalmente establecidos. En la otra vertiente, la Constitución actúa como fuente que crea directamente relaciones jurídicas. Dotada de eficacia inmediata, su destinatario puede ser cualquiera y su objeto cualquier ámbito vital. La doble participación en la condición de la constitución como fuente hace que los derechos fundamentales sean inatacables y de eficacia potencialmente inmediata.

La primera caracterización (la *indisponibilidad de los derechos fundamentales por el legislador*) es quizá la más perceptible, sobre todo en los derechos que precisan para su pleno ejercicio de una previa interposición del legislador. Sin embargo, un entendimiento más hondo de la fundamentalidad de los derechos permite concluir que ésta consiste primariamente en la eficacia directa de tales derechos, o sea, en su *potencial disponibilidad inmediata por sus titulares*. La posición del legislador queda predeterminada así por esta potencial eficacia inmediata de las normas iusfundamentales. Es lógico que así sea, porque si un sistema jurídico sitúa en el núcleo de su estructura y de su funcionamien-

to la atribución de derechos a los individuos, procurará dotarlos de la mayor eficacia posible, sin interferencias de los poderes públicos o de otros sujetos; de su garantía y eficacia dependerá el funcionamiento del sistema constitucional. Por tanto, el legislador no podrá disponer de los derechos para negarlos. Es posible que algunos derechos fundamentales no los pueda ejercer su titular sin una previa intermediación del legislador, (por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho de sufragio), pero ello no impide afirmar que comportan una disponibilidad *potencialmente inmediata*, y que se concreta en la posibilidad de exigir que los poderes públicos arbitren la organización y los procedimientos necesarios para dar efectividad esos derechos. La omisión o desatención de esta obligada intervención del legislador hará emerger la eficacia directa de la norma iusfundamental, aunque sea en su contenido mínimo o esencial.

En suma, un derecho fundamental es ante todo un derecho subjetivo, es decir, un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la constitución, atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho). Ese apoderamiento consistirá en la posibilidad de, con la fuerza normativa de la constitución, exigir a un tercero, sea un poder público o un

particular, el cumplimiento de un deber (de actuar, en unos casos, o de abstenerse de actuar, en otros). Sólo son *fundamentales* los derechos que participan de la *fundamentalidad de la norma fundamental* del ordenamiento jurídico, la constitución, lo cual significa que ésta, como fuente jurídica directamente aplicable establece esos derechos y los dota de una disponibilidad por su titular potencialmente inmediata, y, como fuente de las demás fuentes del ordenamiento, preserva a los derechos fundamentales de su alteración o vulneración por normas infraconstitucionales (y en algunos casos incluso constitucionales) y los hace indisponibles por el legislador (e incluso por el órgano de reforma constitucional).

Desde esta perspectiva estrictamente jurídico-positiva, los derechos *fundamentales* tienen este carácter con independencia de quién sea su titular y de cuál sea la estructura en la que estén articulados. Como ya queda dicho, no cabe aquí una fundamentación antropocéntrica de los derechos fundamentales. Si la condición jurídica de *fundamentales* no la reciben tales derechos por ser inherentes a la persona, no es consustancial a esos derechos que su titular sea exclusivamente el ser humano. Puede que no todas las personas físicas sean titulares de esos derechos, y puede que el *nasciturus,* las personas fallecidas y las per-

sonas jurídicas, privadas e incluso públicas, sí lo sean. En teoría, podría atribuirse capacidad iusfundamental también a los animales. De igual modo, los derechos fundamentales no implican una determinada estructura normativa. Pueden ser derechos fundamentales tanto derechos de libertad o de defensa (derecho a la vida o al honor), como derechos con un alto contenido prestacional (derecho a la educación). Otro tanto cabe afirmar sobre la eficacia de tales derechos, que no sólo es frente al poder público, sino frente a todos, sean poder público (eficacia vertical) o particulares (eficacia horizontal). Los derechos fundamentales no son libertad natural retenida por el individuo frente al poder público, sino un haz de facultades de disposición atribuidas a sus titulares por la constitución para hacer frente desde la supremacía constitucional a cualquier acción u omisión ilegítima contra el disfrute del objeto del derecho, provenga de quien provenga.

2. Fundamentalidad de los derechos y sistema constitucional democrático

2.1. La selección de expectativas individuales y sociales por el constituyente y su transformación en derechos fundamentales

Si un ordenamiento jurídico no precisa para su existencia de derechos fundamentales y su norma suprema, la constitución, no se define por el hecho de proclamar tales derechos sino por su posición jurídica suprema, ¿por qué algunas constituciones contienen un catálogo de derechos fundamentales, concebidos en el sentido exclusivamente jurídico dado aquí al concepto? La explicación está en la selección de expectativas individuales y sociales hecha por el constituyente. Cuando éste establece derechos fundamentales es porque considera que para el funcionamiento del sistema jurídico que desea implantar es esencial dar la máxima protección jurídica a determinadas pretensiones y expectativas de autodisposición de los individuos e incluso de los grupos en las que éstos se organizan. Para ello las inserta en la norma más alta del ordenamiento jurídico y las regula como ámbitos jurídicos cuya existencia es indisponible por el legislador, lo que las hace jurídicamente *fundamentales*. Además, –y por esto son *derechos*– las articula jurídicamente no sólo

como bienes constitucionalmente protegibles, sino también como apoderamientos a los sujetos de tales expectativas para que puedan hacer valer frente a todos esos ámbitos protegidos, cuando menos su núcleo esencial; se garantiza así una potencial disponibilidad inmediata de los derechos fundamentales por su titular.

La selección y preferencia por el constituyente de unas expectativas individuales y sociales frente a otras tiene su reflejo jurídico no sólo en la determinación de cuáles quedan configuradas como derechos fundamentales, sino también en el distinto grado de protección normativa que la constitución puede dispensar a estos derechos. En este sentido, dentro de los derechos fundamentales podría hablarse de una mayor o menor fundamentalidad de ellos, en función de ese grado de preservación normativa contemplado en la constitución. Piénsese que no es lo mismo la posibilidad de regular el desarrollo de un derecho fundamental mediante una *reserva de limitación* (art. 16.1 CE) que a través de una *reserva de delimitación* (art. 23.2 CE); en la primera, la constitución deja más margen de actuación al legislador porque le permite establecer límites que de otro modo no podría. La intensidad del carácter fundamental se acrecienta cuando las normas iusfundamentales impiden de plano al legisla-

dor especular con determinadas expectativas (prohibición de la pena de muerte en relación con el derecho a la vida, o prohibición de torturas y de penas o tratos inhumanos o degradantes en relación con el derecho a la integridad física y moral, art. 15 CE). Como recuerda el TC, "la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la constitución no sólo fundan en su origen sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador" (STC 76/1983 F.J. 4º).

La fundamentalidad de algunos derechos se intensifica cuando su especial salvaguardia no es sólo respecto del legislador, sino también respecto del órgano de reforma constitucional, mediante la fijación de un procedimiento más agravado para modificar tales derechos (art. 168 CE) e incluso a través de cláusulas de intangibilidad que prohíben al poder de reforma constitucional su supresión (art. 79.3 LFB). (Obsérvese que se habla de mayor o menor fundamentalidad de los derechos en función de su de mayor o menor *preservación normativa*, lo cual no implica necesariamente una mayor o menor garantía jurisdiccional de los derechos. El que unos derechos fundamentales sean protegibles ante

el TC mediante el recurso de amparo no los hace más fundamentales que otros que no cuentan con esta garantía adicional. Tampoco implica una jerarquización de los derechos fundamentales, porque todos son derechos de rango constitucional).

La fundamentalidad de los derechos tiene así, desde la perspectiva del constituyente (y del propio ordenamiento jurídico como sistema) una explicación *funcional*; ciertos derechos se articularán como *fundamentales* en el texto constitucional porque las pretensiones y expectativas que forman su objeto se estiman claves para la organización y el funcionamiento del sistema constitucional que se trata de establecer. Depende de cuál sea la sociedad que se piensa ordenar jurídicamente, la constitución articulará como fundamentales unos u otros derechos, los asignará a unos o a otros sujetos y configurará su estructura iusfundamental de uno u otro modo. Por ejemplo, un sistema jurídico socialista no regulará como fundamentales los mismos derechos que un sistema liberal-democrático. Un sistema constitucional democrático considerará el sufragio universal como uno de sus derechos más fundamentales; un sistema liberal, no. Éste, en cambio, establecerá la propiedad privada como un derecho fundamental con una estructura de derecho subjetivo, mientras que una constitución democrática posi-

blemente organice la propiedad como un derecho fundamental desde la perspectiva de una garantía institucional y una constitución socialista no concebirá ese derecho como fundamental e incluso impedirá que la expectativa de propiedad privada de los medios de producción tenga cabida en el ordenamiento jurídico.

2.2. Derechos fundamentales y organización jurídica de la democracia

Una constitución democrática establece derechos y libertades individuales y los regula en normas iusfundamentales porque considera imprescindible que la expectativa de individuos libres e iguales, con posibilidad de autonomía individual y colectiva, quede garantizada jurídicamente como núcleo del sistema jurídico que implanta, o sea, como normas de reconocimiento del sistema como "democrático". Sin ellos no podría identificarse una constitución y un sistema jurídico como democráticos, por más proclamas (hueras) de democracia que hubiese en sus enunciados.

Lo dicho no significa que sólo pueda calificarse de democrática la constitución que incorpore expresamente un catálogo de derechos fundamentales. Esto sería tanto como caer en el puro nominalismo de entender que,

por contener sin más el enunciado de un elenco de derechos, una constitución es democrática y que no lo es si sólo consagra la democracia como uno de sus principios básicos, sin una mención explícita de concretos derechos. Si el principio democrático no es dentro de esa constitución un *flatus vocis,* los derechos fundamentales existirán normativamente en abstracto, como contenido jurídico imprescindible de dicho principio constitucional. El problema es que su concreción quedaría diferida a una incierta interpretación deductiva de cuáles son esos derechos, su ámbito y su contenido. De ahí que, en general, el constituyente democrático, además de proclamar en la norma suprema los principios y valores superiores que informan el ordenamiento jurídico, establezca expresamente un catálogo de derechos fundamentales. De este modo, no sólo aleja aquella incertidumbre sobre cuáles son estos derechos, sino que materializa también cuál es el contenido iusfundamental que ha de atribuirse a los principios y valores constitucionales consagrados en la constitución y, muy en especial, al principio democrático. Se crea así un efecto recíproco entre principio democrático y derechos. Los derechos fundamentales dan contenido a esos principios y valores y éstos, rellenados por aquéllos, ilustran el sentido de cada derecho en relación con el conjunto. Por tanto, los derechos fundamentales estableci-

dos por la constitución orientan la interpretación de los principios y valores constitucionales, y éstos, en cuanto abstracción de tales derechos, facilitan una interpretación sistemática y constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales en su relación con los demás derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

Pudiera pensarse que un sistema democrático gozaría de mayor garantía si la protección de su núcleo esencial, los derechos fundamentales, no se confía a una norma positiva, creada por el hombre, por más supremacía que tenga dentro del ordenamiento jurídico. Un renaciente iusracionalismo estimará más adecuado situar ese núcleo en una ley natural inmutable, indisponible no sólo para el legislador, sino también para el constituyente. Sin embargo, los propios principios del sistema democrático conducen a que su garantía jurídica se organice en un sistema jurídico *autorreferencial* y plenamente *positivo,* sin lastres iusnaturalistas.

En efecto, la democracia como mejor se articula jurídicamente es a través de un sistema constitucional autorreferencial (la constitución como norma jurídica suprema y parámetro de reconocimiento de todas las demás normas) y dotado de positividad (sin límites materiales a su capacidad reguladora),

es decir, como un sistema jurídico soberano. La razón estriba en que la democracia concentra en su esencia esas mismas cualidades que el ordenamiento jurídico precisa para ser soberano. La democracia implica, de un lado, autorreferencialidad individual (autonomía o libertad de seres iguales), y colectiva (identificación o correspondencia entre gobernantes y gobernados) y, de otro, positividad (libertad para decidir; todo es posible y mudable si se decide por el procedimiento establecido).

La organización en sociedad de esa autonomía individual y colectiva ha de hacerse a través de un sistema jurídico en el que una y otra estén garantizadas de manera incondicionada. Ello significa trasladar *por completo* dicho principio filosófico-político de autonomía al sistema jurídico, o sea, traducirlo en términos jurídicos, para que informen y rellenen de contenido su estructura y su funcionamiento, lo cual necesariamente conduce por lógica a que el ordenamiento jurídico se articule como sistema autorreferencial, sin dependencias jurídicas externas. De lo contrario no podría darse esa garantía incondicionada.

El mito de la soberanía popular que late tras la idea de democracia, su fuerza legitimadora, radica precisamente en la idea reflexiva, de autogobierno individual (liber-

tad) y colectivo (participación en las decisiones que afectan a todos), que pretende poner de manifiesto. El mito es pernicioso en cuanto esa idea no aparezca integrada en el sistema jurídico, es decir, en cuanto la autorreferencialidad de la soberanía popular no se transmita por completo al ordenamiento para organizar su estructura y funcionamiento de manera democrática. El estado de derecho y más aún el estado democrático de derecho, nacen precisamente para neutralizar la hipótesis de un poder soberano cuya omnipotencia se impone sin sujeción a regla alguna. Fuera de esa incardinación en una estructura democrática del ordenamiento, la idea de soberanía popular puede ser un peligro, porque pierde de vista el punto de partida filosófico que le da vida, el individuo y su libertad, igual a la de los demás. En nombre del pueblo soberano podrían quedar sacrificadas la libertad e igualdad individuales.

La doctrina liberal –en la que se basa también una determinada concepción democrática– argumenta que este mismo punto de partida entraña la idea de que los individuos no renuncian a todos sus derechos naturales al constituirse la sociedad civil. No se produciría aquella transmisión plena de poder y, por tanto, el sistema jurídico debería ser heterorreferencial, dependiente en última instancia del derecho natural que supuestamente

da validez a esos derechos retenidos. Es necesario –se afirma– separar la legalidad positiva de la legitimidad natural (de un pueblo o nación preexistente). Se trataría, así, de contrarrestar los peligros de un absolutismo legalista e impedir la cautividad del poder originario del pueblo. La conclusión a la que se llega es que no puede convertirse al ordenamiento jurídico positivo en una normatividad incondicionada.

Sin embargo, este planteamiento no es coherente con la esencia de la democracia como principio informador de un sistema constitucional. En una democracia la idea de pueblo soberano no puede tener como función privar al ordenamiento jurídico positivo de su carácter incondicionado. En la positividad del derecho está la fuerza creadora capaz de establecer las condiciones jurídicas para la realización de ese ideal de autogobierno de una sociedad de individuos libres e iguales. Limitar externamente esa capacidad en nombre de dicho ideal es un contrasentido. La solución no está en frenar la positividad del ordenamiento jurídico resucitando de uno u otro modo el derecho natural, sino en orientarla organizando la estructura del ordenamiento de tal modo que aquel ideal sea realizable.

En eso consiste precisamente el sistema constitucional democrático. Asigna al absoluto político que entraña la idea de una sociedad de individuos libres e iguales (base de la idea de soberanía popular) la función de programar el ordenamiento jurídico para garantizar la autonomía individual y colectiva. La concreción constitucional de esa función son los derechos fundamentales, y su corolario organizativo, el estado democrático y social de derecho. Por eso, como ya se dijo antes, los derechos fundamentales son *derechos*; porque articulan jurídicamente en su objeto y contenido esas expectativas de autonomía individual y colectiva, y son *fundamentales* porque, dado el carácter esencial que tienen tales expectativas para una organización democrática de la sociedad, los derechos en que se traducen los sitúa la constitución en una posición de supremacía jurídica. En el estado constitucional democrático no hay soberano; soberana es la constitución (no hay otra norma por encima de ella y todas las demás le están subordinadas, STC 84/1989, F.J. 4º). La idea nuclear de la soberanía popular se traduce normativamente en el principio constitucional democrático y se concreta sobre todo en los derechos fundamentales que, en cuanto partícipes de esa supremacía jurídica de la constitución, pero sólo en este sentido, podrían calificarse como *fragmentos de soberanía*.

En suma, si el único derecho valido es el derecho positivo, el sistema jurídico se configura como un sistema con identidad propia (soberanía del ordenamiento jurídico a través de su autorreferencialidad y positividad). Su característica es la regulación del *uso irresistible* de la fuerza física para estabilizar determinadas expectativas sociales. La forma de impedir que ese uso se vuelva contra los individuos no es apelando a un inexistente derecho natural de resistencia a la opresión, tal como proclamaba el art. 2 de la DDHC. Por el contrario, se consigue si se hace de la Constitución la norma jurídica suprema, soberana, y si se convierte aquella idea primigenia de libertad e igualdad en contenido de pretensiones jurídicas garantizadas por la constitución. En este sentido los derechos fundamentales, al participar de la máxima fuerza normativa de la constitución, de su fuerza irresistible suprema, pueden ser definidos como *derechos resistentes* frente a todos; resistentes también frente al ejercicio de supuestos "derechos naturales" y frente a voluntades colectivas preestatales (la supuesta "voluntad nacional" expresada fuera de los cauces constitucionales del poder de reforma constitucional).

3. Los derechos fundamentales en la Constitución Española

3.1. Dignidad humana y derechos fundamentales. Su función programadora en una constitución democrática

Nuestro sistema constitucional responde a una concepción democrática que adopta como valores superiores "la libertad, la justicia, la igualdad y pluralismo político" (art. 1.1 CE). Este norte constitucional tiene su punto de partida en el postulado de que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social" (art. 10.1 CE). Esto no significa que la CE establezca un sistema jurídico heterorreferencial, dependiente de un derecho suprapositivo o de un orden político preexistente, tal como se interpreta la cláusula de intangibilidad de la dignidad humana reconocida en el art. 1.1 de la LFB. Al contrario, es la dignidad humana la que "fundamenta el orden político y la paz social". Su configuración jurídica se erige en pieza básica del ordenamiento constitucional para cimentar ese orden político y la paz social. El concepto constitucional de dignidad humana

expresa el reconocimiento jurídico de la *igualdad* y *libertad* de todos los seres humanos por el hecho de serlo (STC 181/2000, F.J. 9º), plasmadas en aquellos valores superiores del ordenamiento jurídico tal cual los establece el art. 1.1 CE y que se materializan en los derechos fundamentales del Título I.

"Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 C.E. implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona» (STC 53/1985, F. J. 8.º), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre –también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad (…)–, constituyendo, en consecuencia, un minimun invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona. Pero sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y *únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por este Tribunal como referente*. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pre-

tensiones de amparo que ante él se deduzcan" (STC 120/1990 F.J. 4º).

Si la CE no estableciese explícitamente qué derechos o libertades son inherentes a la persona, qué derechos implica el reconocimiento constitucional de la dignidad humana, habría que deducirlos de esta referencia genérica del art. 10.1 CE, lo cual crearía no pocas incertidumbres. Sin embargo, como el Título I concreta un catálogo de derechos, ha de entenderse que en él se hallan referenciados tales derechos y –como se acaba de ver en la STC 120/1990– "*no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de ellos*". Se produce, así, una relación recíproca entre esos derechos y la dignidad humana reconocida en el art. 10.1 CE. Ésta se irradia a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y que el intérprete de la CE estime inherentes a la persona, pero a su vez el concepto constitucional de dignidad queda circunscrito en la CE a los términos en los que dichos derechos están establecidos en su Título I.

Los derechos fundamentales forman el núcleo de la CE, son "los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente ha de

informar al conjunto de la organización jurídica y política" (STC 53/1985 F.J. 4º). Por tanto, condicionan y programan toda la estructura constitucional: la organización de España como estado social y democrático de derecho (art. 1.1), la existencia de un parlamento representativo, las Cortes Generales, como representantes del pueblo español (arts. 66, 68.4 y 5 y 69.2 y 5), la regulación de un poder judicial independiente (Título VI), y garante de los derechos (53.2 y 117.4) y de un tribunal constitucional como supremo intérprete de la constitución y órgano extraordinario de amparo (Título IX), la delimitación de la potestad reglamentaria del gobierno (art. 97) y de su intervención en la celebración de tratados internacionales (art. 94.1), la función de la administración (art. 103) y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado (art. 104), las reservas de ley (art. 53.1) y de ley orgánica (art. 81). La limitación de la facultad legislativa del gobierno, ya sea aprobando legislación de urgencia (86.1) o legislación delegada (art. 82.1), las obligaciones de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; (la de) remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. (art. 9.2) o la de inspirar su

actuación en los principios rectores de la política social y económica (Cap. III del Título I), la distribución territorial del poder (arts. 81, 139 y 149.1.1ª), la delimitación del ámbito de los estados de crisis y de la suspensión de derechos fundamentales (arts. 55 y 116), y, en fin, la delimitación de las vías procedimentales de actuación del poder de reforma constitucional (art. 168).

De esta función programadora de los derechos fundamentales en un ordenamiento constitucional democrático surge la *dimensión objetiva* de éstos (SSTC 25/1985 F.J. 5º, 249/1991, F.J. 4º). Los derechos fundamentales tienen un sentido propio expresado en su ámbito y contenido, pero también un sentido en su relación de conjunto con el sistema de derechos constitucionalmente establecido y que influye en la concreción de ese ámbito y contenido. Esto puede reforzar la fundamentalidad de los derechos en la medida en que se considera que también su dimensión objetiva queda amparada bajo la supremacía de la constitución, pero puede debilitarla si la protección de la dimensión objetiva se interpreta como una habilitación al legislador para delimitar los derechos desdibujando los contornos de aquel sentido propio del derecho, su dimensión subjetiva, o para interponerse en el ejercicio del derecho y diferir su eficacia directa.

3.2. El carácter fundamental de los derechos fundamentales y su manifestación en la Constitución Española. El sentido de la no fundamentalidad de los derechos sociales

La explicación jurídica hasta aquí sostenida de en qué consiste la fundamentalidad de los derechos fundamentales no puede confundirse con una concepción puramente formalista o nominal de tales derechos. Éstos no son fundamentales por el mero hecho de que así los califique la constitución. El Título I de la CE se denomina "*De los derechos y deberes fundamentales*", pero dentro de él conviven muy diferentes preceptos constitucionales y no todos contienen normas iusfundamentales. Dicho Título I no tiene una organización muy afortunada y el deseo del constituyente de hacer una amplia proclamación de derechos pudo más que el necesario rigor jurídico. La confusión es perceptible en el nombre de los cinco capítulos que componen ese Título; los términos "derechos" y "derechos fundamentales" se emplean sin un criterio definido: "I. De los españoles y los extranjeros". "II. *Derechos* y libertades", dividido en dos Secciones, "1ª. De los *derechos fundamentales* y libertades públicas". "2ª. De los *derechos* y deberes de los ciudadanos". "III. De los principios rectores de la política social y

económica", que aparecen desgranados algunos de ellos como "*derechos*" (a la protección de la salud, a la cultura, al disfrute de un medio ambiente adecuado, a una vivienda digna). "IV. De las garantías de las libertades y *derechos fundamentales*". "V. De la suspensión de los *derechos* y libertades".

Esta falta de rigor repercute en la referencia que en otras partes de la CE se hace a los derechos fundamentales. Por ejemplo, la reserva de ley orgánica prevista en el art. 81.1 para el "desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas" o la necesaria autorización de las Cortes para que el estado se obligue por medio de tratados o convenios internaciones cuando éstos afecten "a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I". El TC ha intentado poner un poco de orden, pero acudiendo a un criterio nominalista que, si bien da certeza a la hora de deslindar la reserva de ley orgánica, no permite una definición coherente de qué es un derecho fundamental. Para el TC los derechos fundamentales y libertades públicas reservados a la ley orgánica son los que aparecen bajo la rúbrica de la Secc. 1ª, del Cap. II, del Tít. I CE "De los derechos fundamentales y libertades públicas", o sea, los reconocidos entre los arts. 15 y 29 CE (STC 76/1983, F.J. 2º). El deseo de una interpretación restrictiva del ámbito de la ley orgánica no puede condu-

cir a negar el carácter de derechos fundamentales a otros derechos del Título I, porque la fundamentalidad de los derechos no descansa en su ubicación formal dentro de la Constitución, sino en su configuración constitucional como normas de potencial autodisposición por el titular del derecho y, a la vez, de existencia indisponible por el legislador. En la CE no sólo se encuentran en tal situación los derechos comprendidos entre los arts. 15 al 29, sino también todos los del Título I, Capítulos I y II.

Por la misma razón no son derechos fundamentales los derechos del Capítulo III del Título I, a pesar de establecerse como "derechos". Hubiera sido un contrasentido que la CE proclamase como *derecho fundamental* el "derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada" (art. 47) cuando lo que hace es remitir al legislador la competencia para definir el objeto, contenido y límites de ese derecho (art. 53.3). Esto no significa que el derecho a la vivienda digna y adecuada no sea relevante para la CE, pero su posición constitucional se reduce a ser un *principio rector de la política social y económica* de los poderes públicos (art. 53.3); su dimensión constitucional no es la de un derecho fundamental.

Cabe preguntarse ¿hay derechos constitucionales no fundamentales? Para la teoría liberal sí, porque establece una clara diferencia entre éstos últimos que son los derechos que la Constitución reconoce, pero cuyo fundamento jurídico es meta-positivo, se considera que existen al margen y con anterioridad a la Constitución, y los derechos simplemente constitucionales, que son los que emanan de la Constitución y sin ella no tendrían existencia propia. Desde una perspectiva exclusivamente positivista, que considera la Constitución como norma jurídica suprema, puede afirmarse que en la Constitución Española todos los derechos que en ella se reconocen o son derechos fundamentales o, como se acaba de ver en relación con el Capítulo III del Título I, son meros principios rectores aunque algunos se enuncien como derechos. Los derechos fundamentales son los recogidos en los Capítulos I y II en cuanto participan de las dos notas básicas del carácter fundamental de los derechos ya mencionadas, la disponibilidad del derecho por su titular y la indisponibilidad de su existencia por el legislador. En este sentido, la fundamentalidad de los derechos es una cuestión de grado; unos derechos son jurídicamente más fundamentales que otros en función de su mayor o menor preservación normativa a favor de su titular y frente al legislador.

Pudiera pensarse que fuera del Título I CE hay derechos constitucionales no fundamentales; por ejemplo, cuando se establece que una ley regulará la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, o el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (art. 105, *a* y *b*, respectivamente), o la gratuidad de la justicia en caso de insuficiencia de recursos para litigar (art. 119), etc. Sin embargo, si se les considera "derechos constitucionales" habrá que estimar que la ley llamada a regularlos está concretando un "derecho fundamental", pues es un contrasentido admitir derechos constitucionales sobre cuya existencia pueda decidir el legislador (Cfr. STC 95/2003, FF.JJ. 3º y 4º y voto particular). Y, si se acepta esta plena disponibilidad por el legislador, entonces los preceptos constitucionales que regulan dichas situaciones son semejantes a los que establecen los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I CE).

No quisiera concluir sin hacer mención a la garantía del *contenido esencial* de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE) en cuanto concreción de la fundamentalidad de éstos. Habitualmente esta garantía se estudia desde la perspectiva del ámbito de actuación del legislador en relación con los derechos funda-

mentales, lo cual es adecuado si se trata de examinar el contenido y límites de los derechos. Pero ello no puede hacer perder de vista que el contenido esencial de los derechos fundamentales *como límite* al legislador (art. 53.1 CE) es una consecuencia de expresar tal garantía un poder de disposición que la Constitución reserva al titular del derecho sobre determinados ámbitos vitales, enunciados en abstracto, pero reconocibles en su núcleo y, por tanto, directamente ejercibles al menos en ese mínimo. Si se concibe la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales exclusivamente desde la perspectiva del límite a los límites que pueda establecer el legislador, el acento se pone en la Constitución entendida como *fuente sobre las fuentes*, o sea, como norma cuyo objeto es regular y delimitar el ámbito de la ley; el contenido esencial como campo no disponible por el legislador. Pero esta perspectiva no ayuda a explicar la fundamentalidad de los derechos y puede concluir en una obviedad: cualquier derecho subjetivo y cualquier norma –sea constitucional o no– tiene un contenido esencial (STC 11/1981 F.J. 1º) y el legislador no puede reducir a un mero nominalismo el contenido de los preceptos constitucionales. Por el hecho de estar recogido en la Constitución, "el tipo abstracto de un derecho (subjetivo) preexiste conceptualmente al momento legislativo" (STC 11/1981 F.J. 1º). De este

modo, la cláusula del contenido esencial tan sólo haría explícito que *también* tienen carácter constitucional vinculante las normas que reconocen los derechos fundamentales. Pero implícitamente ese carácter lo tienen todas las normas constitucionales y por eso está obligado el legislador a respetarlas.

La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales cobra pleno sentido si se inserta en la concepción de la Constitución como norma jurídica suprema, como máxima *fuente directa* que confiere a las normas iusfundamentales la fuerza jurídica irresistible que es capaz de desplegar en el tiempo, en el espacio y en relación con cualquier materia y sujeto, y por tanto los articula con pretensión de eficacia inmediata y universal (o sea, frente a todos).

Sólo teniendo esto presente puede entenderse cabalmente la posición del legislador en relación con los derechos fundamentales y en qué sentido no puede disponer de ellos. Si la fundamentalidad de los derechos radicase en que son indisponibles por el legislador, no se podría explicar el papel que corresponde al legislador democrático en el desarrollo de los derechos fundamentales, ni los derechos fundamentales de configuración legal, ni la inconstitucionalidad por omisión.

Los derechos fundamentales no preexisten al ordenamiento constitucional, pero preexisten al legislador. Esto no significa que el legislador no pueda regularlos. El legislador de los derechos fundamentales no es un mero ejecutor de la Constitución; dada la formulación abstracta y lapidaria de los enunciados de las normas iusfundamentales, el legislador interviene en la concreción delimitadora del objeto y contenido de tales derechos y la Constitución le reserva un papel primordial. Sin embargo, la fuerza normativa de los derechos fundamentales y su pretensión de eficacia inmediata condicionan la posición y la actuación del legislador. Éste no puede desconocer ni los límites que la Constitución le marca ni ignorar que cuando es llamado a desarrollar el contenido de los derechos lo es con carácter imperativo, para dar *efectividad* a las normas iusfundamentales.

El contenido esencial de los derechos muestra su raíz cuando liga la fundamentalidad de los derechos a la fundamentalidad de la Constitución; por ejemplo, cuando, en ausencia de ley que dé efectividad al derecho fundamental, el contenido esencial de los derechos fundamentales se hace directamente presente. No funciona como límite al legislador ya que éste no ha actuado. Funciona como *fuente constitucional directa* de apoderamiento al titular del derecho para que pueda accionar

preservando el ámbito de libertad garantizado. Así se consideró en la STC 15/1982, F.J. 8º, reconociendo eficacia directa del contenido mínimo del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, ante la inactividad del legislador, a pesar de que se trata de un derecho fundamental cuya regulación precisa de una previa intervención legislativa. Con mayor claridad aún se puede observar en la STC 31/1994 la función que cumple la garantía del contenido esencial de expresar la fundamentalidad de un derecho fundamental. La sentencia es interesante porque convierte lo que antes era considerado por el TC un derecho de rango legal en un derecho *fundamental*. En la STC 12/1982 se vio que para el TC el derecho a crear una emisora de televisión, aunque podía ser una libertad instrumental incluida en el art. 20.1 CE, no era una derivación necesaria y el legislador podía decidir sobre su implantación o no. En cambio, la STC 31/1994, F.J. 7º, afirma que:

Sin negar la conveniencia de una legislación ordenadora del medio, en tanto ésta no se produzca, no cabe porque subsista la laguna legal sujetar a concesión o autorización administrativa –de imposible consecución, por lo demás– el ejercicio de la actividad de emisión de televisión local por cable, pues ello implica el desconocimiento total o supresión del derecho fundamental a la libertad de expresión y

de comunicación que garantiza el art. 20.1 a) y d).

> Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los Poderes Públicos (art. 9.1 y 53.1 C.E.) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, no sufriendo este principio general de aplicabilidad inmediata más excepciones que las que imponga la propia Constitución expresamente o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable (SSTC 15/1982, F.J. 9º; 254/1993, fundamento jurídico 6.). Cierto es que cuando se opera con la interpositio legislatoris es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que ha de verse desarrollado y completado por el legislador (SSTC 15/1982, fundamento jurídico 8º; 254/1993, fundamento jurídico 6º), pero de ahí no puede deducirse sin más que la libertad de comunicación ejercitada por las entidades demandantes de amparo no forma parte del contenido mínimo que consagra el art. 20.1 a) y d) C.E (STC 31/1994 F.J. 7º).

La fundamentalidad de los derechos fundamentales, su participación en la esencia de la Constitución como norma suprema, soberana, se manifiesta también en la pretensión de eficacia extraterritorial:

> La responsabilidad de los órganos judiciales españoles por acción u omisión en los procedimientos de extradición no se limita a las consecuencias de su propia conducta. En la medida en que con dicho procedimiento se concreta un estrecho complejo de actuaciones imbricadas, en el país requirente y en el requerido, el destino del extraditado en aquél no es ni puede ser indiferente para las autoridades de éste. Por ello, se encuentran obligadas a prevenir la vulneración de derechos fundamentales, que les vinculan como bases objetivas de nuestro ordenamiento, incluso si esa vulneración se espera de autoridades extranjeras, atrayéndose la competencia de los Tribunales españoles por el dominio de que disponen sobre la situación personal del extraditado, y, por tanto, por los medios con que cuentan para remediar los efectos de las irregularidades denunciadas (STC 13/1994 F.J. 4º).

Otra consecuencia de la fundamentalidad de los derechos fundamentales es la presunción de ilegitimidad de los límites que el legislador imponga a los derechos. La ley no sólo debe mostrar su habilitación para interponerse entre la Constitución y los titulares de los derechos. También ha de justificar, como sostiene reiterada jurisprudencia, que esos límites sean idóneos, necesarios y proporcionados.

Desde esta concepción de la fundamentalidad de los derechos fundamentales cobra sentido jurídico-constitucional la calificación liberal de los derechos fundamentales como "inviolables e inalienables". Indica que portan aquella fuerza irresistible de la norma fundamental del ordenamiento que se convierte en una pretensión de eficacia directa y que les sitúa en una posición tal que su vulneración o su mero desconocimiento son antijurídicos, provengan de un poder público, incluido el legislador (eficacia vertical), o de sujetos privados (eficacia horizontal).

Así entendida la fundamentalidad de los derechos, puede decirse que los derechos fundamentales no son una categoría estanca, sino que unos derechos son más fundamentales que otros. La mayor o menor fundamentalidad dependerá de su mayor o menor grado de participación en la condición de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento y fuente directa de relaciones jurídicas. Se supone que aquellos derechos que el sistema constitucional considere más esenciales para su identidad y funcionamiento los dotará de mayor fundamentalidad, o sea, les garantizará una efectividad más inmediata ya permitiendo un ejercicio directo de los mismos, ya vinculando estrechamente al legislador, obligándole a dictar la legislación que permita el ejercicio ordenado de los dere-

chos y predeterminando su contenido. A la vez, los hará más inviolables, bien mediante garantías formales (reservas de ley reforzadas) y jurisdiccionales (recursos de amparo), bien mediante su exclusión de la posibilidad de ser suspendidos (art. 55 CE) e incluso haciendo indisponibles esos derechos al poder de reforma constitucional (reforma agravada del art. 168 CE, en relación con el art. 167 CE), cláusulas de intangibilidad constitucional (art. 79.3 LFB).

*****

En suma, los derechos sociales son derechos fundamentales sólo si el constituyente los configura y organiza con las características y garantías propias de la fundamentalidad de la norma constitucional. De lo contrario, su mención en la Constitución tendrá relevancia como principios rectores de la política social y económica que oriente la actuación de los poderes públicos, pero su contenido para los ciudadanos será el que previamente disponga el legislador y sólo en el marco trazado por éste serán exigibles por los ciudadanos.

Los derechos sociales también podrían adquirir ese carácter fundamental por vía jurisprudencial, si su contenido se incluye en la dimensión objetiva de los derechos propiamente fundamentales, pero esto podría entra-

ñar una mutación constitucional tanto de las relaciones constitucionales entre el legislador y los jueces como de la posición de los derechos sociales, si constitucionalmente están concebidos como meros principios rectores de la política social y económica, con exclusión de su eficacia directa.

CINCO CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES DE ROBERT ALEXY

Ernesto Garzón Valdés

0.

En lo que sigue, habré de limitarme a formular cinco consideraciones que se me ocurren relevantes con respecto a la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy.

1.

Por lo pronto, está la cuestión de la llamada «paradoja de la democracia» y la supuesta colisión entre el principio de la democracia y los derechos fundamentales. Pienso que tanto la una como la otra se presentan sólo si se supone que la democracia requiere el dominio de la mayoría y no el principio de la mayoría, para utilizar una conocida distinción de Hans Kelsen. El principio de la mayoría presupone la existencia de un 'coto vedado' de cuestiones que no deben caer dentro de la competencia legislativa. Alexy parece suponer que existe un conflicto entre:

> Un principio iusfundamental que habla en favor del aseguramiento iusfundamental de la posición (iusfundamental) y [...] un principio de la democracia que habla en favor de mantener una competencia lo más amplia posible del legislador democráticamente legitimado (Alexy, *Teoría*, pág. 433).

De aquí infiere dos conclusiones:

i) Existe una colisión entre el principio de la democracia y los derechos fundamentales, entre la competencia del legislador legitimado democrática y directamente y el Tribunal Constitucional indirectamente legitimado democráticamente. Éste sería un problema insoslayable (Alexy, ibidem).

ii) "Si todo lo que es importante para el individuo en la vida política estuviera ya determinado iusfundamentalmente, al legislador sólo le quedaría la posibilidad de decidir sobre cuestiones insignificantes" (Alexy, ibidem).

¿Es esto realmente así?

ad i) Éste es el conocido argumento antimayoritario. Una vía para refutar este argumento podría consistir en considerar que los miembros de un tribunal constitucional o de una corte suprema cumplen una función propia de una especie de "inspectores de

calidad", es decir, serían los encargados de evaluar y controlar la conducta gubernamental y legislativa de acuerdo con las pautas constitucionales[1]. Su función no consistiría en expresar la voluntad popular sino más bien en controlar los posibles extravíos constitucionales de esta voluntad. De acuerdo con el principio de la mayoría:

> Ninguna mayoría está moralmente autorizada para infringir derechos, libertades y oportunidades que son esenciales para la existencia y operación de la democracia misma [...] es una contradicción lógica justificar una acción por una mayoría que violaría esos mismos principios y procesos. Decir que una mayoría puede destruir la democracia no significa que la mayoría esté autorizada a hacerlo.
>
> [...]
>
> A pesar de que ningún sistema judicial puede impedir que una mayoría decidida o probablemente hasta una minoría decidida destruya la democracia, [...] creo que una constitución democrática puede adecuadamente dotar a una corte independiente con el poder de ejercer un veto frente a leyes y políticas manifestamente perjudiciales para

---

[1] Véase L. Sager, "The Domain of Constitutional Justice" (en L. Alexander, ed., *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, págs. 235-270), pág. 238.

las instituciones esenciales de la democracia[2].

Es decir, que si se quiere mantener la estabilidad de un diseño constitucional democrático, la inclusión de un "coto vedado" a la intervención legislativa no sólo no entra en colisión con el concepto de democracia sino que es condición necesaria del mismo. La aplicación del principio de la mayoría es justamente lo que impide el suicidio de la democracia. La reducción de la omnipotencia de la mayoría es lo que permite la vitalidad de la democracia.

ad ii) Si se acepta la distinción entre deseos primarios y secundarios de la gente y se supone que los primeros están relacionados con las necesidades primarias y los segundos con necesidades secundarias, puede también aceptarse que los primeros no pueden ser lesionados por decisiones mayoritarias. Pero de aquí no se infiere que los deseos secundarios de la gente estén relacionados con cuestiones insignificantes o triviales ya que ellos se refieren en buena medida a la realización de planes de vida individuales, es decir, de una vida medianamente feliz, aspiración legítima de todo ser humano.

---

[2] Ibidem, pág. 266 y sigs.

2.

Alexy contrapone una concepción formal de los derechos fundamentales a una concepción material amplia. Ésta estaría "determinada por el concepto de dignidad de la persona". Y agrega:

> Casi no vale la pena mencionar que ni de la concepción formal ni de la material por sí sola, ni de su mera combinación, pueden inferirse enunciados concretos iusfundamentales. Tanto la dación de contenido de contenido a lo formal como la explicación de la concepción material básica son tareas de la argumentación substancial del derecho constitucional. Aquí interesa sólo la importancia de la concepción formal básica (Alexy, *Teoría*, 435).

¿Por qué no han de poder inferirse de la concepción material amplia relacionada con el concepto de dignidad de la persona enunciados concretos iusfundamentales? ¿No podría suponerse que el concepto de la dignidad de la persona juega un papel trascendental, en el sentido kantiano de la palabra, es decir, que él es el que permite no sólo hablar de derechos humanos sino también fundamentarlos?

Si tal no fuera el caso, ¿no se cae entonces en una concepción como la de Norbert Hoerster según la cual el concepto de dignidad humana

es vacío, vago, sin ninguna denotación descriptiva? Creo que Alexy no aceptaría esta concepción; pero, si ello es así, entonces tendría quizás que introducir alguna mayor precisición con respecto a su concepto de dignidad humana. En efecto, si este concepto no es vacío, ¿por qué no ha de ser posible derivar de él derechos no sólo de defensa sino de prestaciones, es decir, derechos sociales?

Como el propio Alexy recuerda, el Tribunal Constitucional ha interpretado el catálogo de derechos fundamentales como expresión de un sistema de valores "que encuentra su punto central en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad". Se trata de que "el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente en la comunidad social" (Alexy, *Teoría*, pág. 489).

3.

Si se acepta lo anterior, ¿es "el argumento principal en favor de los derechos fundamentales sociales un argumento de la libertad" (Alexy, *Teoría*, pág. 458) o un argumento derivado del concepto de dignidad? ¿Hasta qué punto es posible restringir el alcance de este concepto? Es posible restringir el alcance del concepto de libertad pero, ¿vale lo mismo con respecto al concepto de dignidad?

¿No podría suponerse que la no concesión de derechos sociales conduce a la exclusión de una buena parte de la ciudadanía, es decir, a una sociedad indecente en el sentido de Avishai Margalit?[3]

4.

Una cuestión interesante es analizar hasta qué punto la actividad de un tribunal supremo puede contribuir al establecimiento de una sociedad económicamente homogénea, es decir, no excluyente. No son pocos quienes sostienen que se trata aquí de una tarea eminentemente política que, por definición, le estaría vedada al poder judicial. Creo que esta posición es falsa. Al respecto dos ejemplos. En España, en cuestiones vinculadas con el derecho fiscal, el Tribunal Constitucional rechazó en una sentencia de 1981 el paradigma puramente formal y adoptó principios que respondían a un paradigma material. Entendía que la realización de un estado social de derecho dispuesta en la Constitución requería tener en cuenta que "el poder constituyente ha establecido que la justicia en cuestiones impositivas no puede existir sin progresividad e igualdad. […] El Tribunal sostenía que la definición del estado como un *estado demo-*

[3] A. Margalit, *La sociedad decente* (Barcelona, Paidós, 1997).

crático y social de derecho implicaba ir más allá de la concepción tradicional del estado de derecho, algo que tenía que ser interpretado como apuntando a la materialización del sistema jurídico como un todo, incluyendo una forma relevante del sistema impositivo"[44] Esto significaba ir más allá de una concepción puramente formal del estado de derecho. En la República Federal de Alemania, el artículo 107 de la Ley Fundamental establece el llamado "equilibrio financiero horizontal" entre los estados federados es decir, una "razonable igualación de la disparidad financiera de los *Länder*". En una sentencia del 11 de noviembre de 1999, el Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal dispuso que el legislador federal estaba obligado a concretar y complementar las disposiciones legales correspondientes contenidas en la ley de 1993 (que regulaba la equiparación financiera de los *Länder*) antes del 31 de diciembre de 2004. En caso contrario, la ley sería declarada anticonstitucional y nula a partir del 1º de enero de 2005. La disposición constitucional tiene una importancia obvia por lo que respecta a la homogeneidad aproximada de los diferentes *Länder* en cuestiones vinculadas con su capacidad financiera para satisfacer sus exi-

---

[4] Véase A. J. Menéndez, *Justifying Taxes. Some Elements for a General Theory of Democratic Tax Law* (Dordrecht/Boston/London, Kluwer, 2001), pág. 252.

gencias presupuestarias. La obligación impuesta por el Tribunal Constitucional apuntaba a la equiparación de criterios para determinar los indicadores que debían ser tomados en cuenta en la planificación presupuestaria y hacer más transparente la distribución de fondos. Al igual que en el caso español, se trata aquí de una sentencia que apunta no sólo a una igualdad formal entre los *Länder* sino también material en el plano de la política financiera y económica. De lo que se trata también es de asegurar una vía eficaz para "compensar las desigualdades de desarrollo económico existentes dentro del territorio federal" (art. 104a, (4) de la Ley Fundamental alemana).

La experiencia de estos dos países demuestra que en la medida en que la sociedad se vuelve más homogénea social y económicamente, aumenta también la confianza en la democracia. Tal es lo que sucedió en las transiciones española y alemana. En ambos casos, los tribunales constitucionales jugaron un papel importante como promotores de una igualdad material.

Mi pregunta es: ¿hasta qué punto el aseguramiento de los derechos sociales no requiere una intervención activa en la política financiera por parte del Tribunal Constitucional?

¿Significaría esto una juridización de la política? Alexy sostiene que:

> La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. [...] Todos los derechos fundamentales [...] afectan a veces su competencia presupuestaria (Alexy, *Teoría*, pág. 495).

¿Cuál es el criterio aceptable en estos casos?

5.

En sociedades multiculturales, la implantación efectiva de algunos derechos sociales, como el de la educación escolar (Alexy, ibidem), puede significar una restricción considerable de la libertad de los padres para proporcionar a sus hijos la educación escolar que ellos consideran adecuada de acuerdo, por ejemplo, con sus convicciones religiosas.

Mi pregunta es: ¿hasta qué punto se presenta aquí un problema con respecto a la libertad fáctica de los padres y el mantenimiento de la homogeneidad social, en tanto condición necesaria para la estabilidad de un sistema democrático representativo?[5] ¿Puede en *todos* los casos afirmarse que "una posición de prestación jurídica (de derechos so-

ciales fundamentales, EGV) está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica"? (Alexy, ibidem) Y si esta consideración no vale para todos los casos, ¿puede entonces hablarse de una garantía iusfundamental definitiva?

---

[5] J. S. Fishkin en *Justice, Equal Opportunity, and the Family* (New Haven, Yale University Press, 1983) analizó esta cuestión enmarcándola dentro de lo que llamó el "trilema de la igualdad de oportunidades".

LOS DERECHOS ECONÓMICO-SOCIALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS DE ROBERT ALEXY*

Liborio L. Hierro

Sumario:

1. Introducción.

2. Supuestas diferencias entre los derechos individuales y los derechos económico-sociales.

   2.1. Sobre el pretendido carácter particular ("los derechos económico-sociales no son derechos universales").

   2.2. Sobre el pretendido carácter relativo ("los derechos económico-sociales no son derechos absolutos o erga omnes").

   2.3. Sobre el pretendido carácter *prima facie* ("los derechos económico-sociales no son derechos definitivos").

   2.4. Sobre el pretendido carácter costoso ("los derechos económico-sociales no son derechos gratuitos ni baratos").

---

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto BJU 2002-00467 del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

2.5. Sobre el pretendido carácter programático ("los derechos económico-sociales no son derechos justiciables").

3. Excurso: sobre los derechos que no son derechos.

4. Los derechos económico-sociales en la dogmática de Robert Alexy.

   4.1. Los derechos a protección.

   4.2. Los derechos a organización y procedimiento.

   4.3. Los derechos a prestaciones en sentido estricto.

   4.4. Igualdad formal e igualdad material: la ponderación y la hipótesis del mínimo.

5. Epílogo sobre el *Epílogo* y conclusiones.

1. Introducción

Los Pactos sobre Derechos Humanos de 1966[1] vinieron a consolidar la división histórica de los derechos humanos en dos grandes categorías, la de los derechos civiles y políticos (a la que históricamente suele denominarse "primera generación") y la de los derechos económicos, sociales y culturales (a la que

[1] Como es sabido, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos fueron adoptados por Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El primero de ellos entró en vigor el 3 de enero de 1976 y el segundo el 23 de marzo de 1976.

paralelamente se denomina "segunda generación")[2]. En algún modo la consolidación de esta dualidad se hacía eco del contexto ideológico de la guerra fría[3].

Para el pensamiento liberal la primera categoría incluía los derechos auténticos (*"iura proprie aut stricte dicta"*, parafraseando a Grocio) a los que cabía entender como derechos *universales* o de todos los seres huma-

---

[2] En contra, G. Peces-Barba, *Derechos sociales y positivismo jurídico* (Madrid, Dykinson y Universidad Carlos III, 1999), págs. 59 y 61, que distingue una primera generación de derechos individuales y civiles, una segunda generación de derechos políticos y una tercera generación de derechos económicos, sociales y culturales. No me parece que esta distinción entre primera y segunda generación tenga suficiente apoyo histórico aunque coincida con la distinción originalmente propuesta por Theodor H. Marshall en 1959 (en sus conferencias publicadas bajo el título *Citizenship and Social Class* [*Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998]) (véase A. Ruiz Miguel, "Derechos liberales y derechos sociales", en *Doxa*, 15-16, 1994, págs. 651-674, pág. 651; y A. Eide, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", en A. Eide, C. Krause y A. Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2001, págs. 9-28, pág. 13).

[3] Sobre el contexto socio-ideológico de la Declaración Universal de 1948 es muy esclarecedor el análisis de A. Cassese, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo* (Barcelona, Ariel, 1991), págs. 36-54. Véase también, sobre el alcance ideológico de la distinción, A. Ruiz Miguel, "Derechos liberales y derechos sociales", cit., pág. 653, y A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución* (Madrid, Tecnos, 8ª ed., 2003), págs. 86-93.

nos, frente a los derechos sociales que serían derechos específicos de los trabajadores; como derechos *absolutos* o contra todos, frente a los derechos sociales que serían derechos relativos o frente a un obligado determinado (el estado, el empresario, etc.); como derechos *definitivos* en cuanto su mero enunciado define su contenido, frente a los derechos sociales cuyo contenido no quedaría establecido por su mero enunciado sino que requeriría una cierta forma institucional; como derechos *inmediatamente eficaces* contra el estado, frente a los derechos sociales cuya eficacia dependería de la instrumentación de medios costosos por el propio estado; y, consecuentemente con todo ello, como derechos *justiciables*, frente a la falta de justiciabilidad característica de los derechos sociales que sólo la alcanzarían en la medida en que el legislador hubiera establecido acciones concretas en su protección.

Para el pensamiento socialista la segunda generación era la que incluía los derechos auténticos pues éstos eran los derechos propiamente *universales* en cuanto requeridos para su realización personal por las grandes masas de obreros y campesinos, frente a los derechos individuales como derechos específicos de los burgueses propietarios; eran los derechos *sustantivos* en cuanto sólo su satisfacción podía liberar a cada individuo de su alineación, frente a los derechos liberales que

tenían un mero carácter formal para todo aquel que carecía de autonomía económica; eran los derechos *primarios* en cuanto sólo una vez satisfechos ellos podía disfrutarse de los derechos individuales que, por tanto, eran derechos derivados; y eran los derechos *inmediatos* que debían ser satisfechos directamente por la organización política, frente a los derechos civiles y políticos cuyo auténtico disfrute por todas las personas sólo podía alcanzarse realmente por la previa mediación de aquellos[4].

---

[4] Por todos, E. Bloch, *Derecho natural y dignidad humana* (Madrid, Aguilar, 1980), pág. XI: "No hay una instauración verdadera de los derechos del hombre sin poner fin a la explotación, no hay verdadero término de la explotación sin la instauración de los derechos del hombre… El rasgo fundamental –sobre todo del Derecho Natural clásico– es viril, una insistencia en la *facultas agendi* de hombres ya desalienados en la *norma agendi* de una comunidad finalmente desalienada". Véase especialmente el capítulo 19 (págs. 156-183), donde Bloch desarrolla la idea de Engels de que "en relación con la Revolución francesa, los derechos del hombre y el Derecho natural burgués, «los proletarios toman a la burguesía por su palabra»". La generalización que hago sobre el pensamiento socialista no pretende corresponder a la posición del marxismo ortodoxo. La posición de Marx sobre los derechos humanos, desde *La Cuestión Judía* (1844) hasta *El Capital* (1867) y las obras posteriores, adolece de una permanente ambigüedad como ha puesto de relieve la monografía de M. Atienza, *Marx y los derechos humanos* (Madrid, Mezquita, 1983). Marx nunca llegó a desprenderse de la idea de que los derechos humanos estaban ligados, como ideología y como institu-

Los unos y los otros consideraban "auténtica" una de ambas categorías de los derechos y miraban indulgentemente la contraria. Según cada una de estas concepciones los derechos individuales o los derechos sociales, respectivamente, constituían los derechos inmediatamente exigibles al estado mientras que los otros, respectivamente los derechos sociales y los derechos individuales, eran los que se alcanzarían en un estado de cosas deseable una vez superada, respectivamente, la situación de escasez o la situación de explotación.

Puede resultar sorprendente que una distinción surgida y consolidada por factores históricos tan contingentes penetrase tan profundamente como lo ha hecho en la teoría de los derechos contemporánea, pero no cabe duda de que lo ha hecho. Todavía, tanto en el pensamiento filosófico jurídico como en la doctrina jurídico constitucional, la división

---

ción, al estado burgués, de tal forma que la superación del estado burgués implicaba la superación de los derechos humanos aunque, al mismo tiempo, la sociedad comunista supondría la realización de la libertad y la igualdad (véase Atienza, ibidem, passim y en particular págs. 51-57 y 220-224). Atienza concluye con razón que "la insuficiencia de la postura de Marx en relación con los derechos humanos se debe, en mi opinión, a que sólo se interesó por ellos y los defendió por razones políticas, no éticas" (ibidem, 279).

entre estas dos categorías de derechos humanos parece constituir un problema aunque, dado el desenlace de la guerra fría, el problema parece haberse reducido a si los derechos sociales son o no son auténticos derechos. Aquellas diferencias han tomado, pues, carta de naturaleza en la teoría y todavía para un gran número de autores los derechos sociales parecen ser meras aspiraciones políticas o –como señala Luis Prieto– "en el mejor de los casos, derechos disminuidos o en formación"[5].

El objeto de estas páginas es analizar las presuntas diferencias entre los derechos individuales, civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales –a los que, por simple economía semántica, llamaré respectivamente "derechos individuales" y "derechos económico-sociales"[6]– y discutir si

---

[5] L. Prieto, *Ley, principios, derechos* (Madrid, Dykinson y Universidad Carlos III, 1998), pág. 97.

[6] Las convenciones académicas más extendidas suelen distinguir entre "derechos individuales, civiles y políticos" y "derechos económicos, sociales y culturales", con una clara influencia del lenguaje de los Pactos de 1966. Algunos autores abrevian la distinción para hablar de "derechos individuales" frente a "derechos sociales"; así V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid, Trotta, 2002), pág. 120; J. L. Cascajo, *La tutela constitucional de los derechos sociales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988), pág. 16; F. Laporta, *Los derechos*

estas diferencias se consolidan o se disuelven en la reconstrucción teórica propuesta por Robert Alexy[7].

---

sociales y su protección jurídica: *introducción al problema* (en J. Betegón, F. Laporta, J. R. de Páramo y L. Prieto, eds., *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 297-325), pág. 298; G. Peces-Barba, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, cit., pág. 7 y passim; L. Prieto, *Ley, principios, derechos*, pág. 71. Otros, como Carl Wellman, distinguen entre derechos humanos (contra todos) y derechos cívicos (contra el estado al que se pertenece, entre los que se situarían los "derechos económicos" como derechos especiales) (C. Wellman, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Dordrecht, Kluwer, 1997, págs. 24-25 y 115). Utilizaré en lo sucesivo la denominación "derechos económico-sociales", aunque me parece todavía bastante vaga, por ser –según creo– suficientemente comprensiva, pero obvio es decir que con ello me referiré, genéricamente, a los derechos económicos, sociales y culturales en la forma en que se declaran, por ejemplo, en el respectivo Pacto de 1966. En todo caso la denominación tiene aquí un mero carácter provisional ya que, como pretendo argumentar, la distinción me parece incorrecta. Por decirlo ahora brevemente: entre los derechos individuales, civiles y políticos existen numerosos derechos de pretensión cuya satisfacción requiere una prestación "económica" (esto es, costosa) y entre los derechos económicos, sociales y culturales existen algunas libertades, inmunidades y potestades cuya satisfacción sería, en principio, gratuita (al menos, tan gratuita como la de cualquier otra libertad, inmunidad o potestad). La protección de los derechos siempre es, en todo caso, costosa. Si la protección forma o no forma parte del derecho mismo es una cuestión a discutir; si la protección forma parte del derecho, todos los derechos son costosos; si la protección

2. Supuestas diferencias entre los derechos individuales y los derechos económico-sociales

Una muy extendida concepción de los derechos económico-sociales viene asumiendo que entre ellos y los derechos individuales, civiles y políticos existen, además de una diferente génesis histórica, una serie de diferencias estructurales que obligan a tratarlos como dos categorías de derechos irreductiblemente distintas. Esa serie de diferencias suelen referirse al sujeto titular de los derechos, a su contenido y a las posibilidades de protección. Esa serie de diferencias se esgrimen hoy generalmente para contraponer una supuesta perfección de los derechos indi-

---

no forma parte del derecho, entonces cabe distinguir entre derechos gratuitos y derechos costosos. Aunque ahora no me ocuparé de ello, habría que añadir que la suposición de que los derechos cuya satisfacción primaria estriba en una abstención de otro u otros son derechos gratuitos es una suposición vulgar que queda desmentida por el Teorema de Coase (es decir: las meras abstenciones también pueden representar, desde el punto de vista económico, un coste).

[7] Parece conveniente recordar que la impresionante reconstrucción teórica propuesta por Alexy (*Teoría*) no tiene como objeto los derechos humanos en el plano moral o filosófico político sino los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental de Bonn, lo que permite considerarla una "dogmática" especial, aunque sin duda apoyada en un potente análisis filosófico.

viduales frente a una supuesta imperfección de los derechos económico-sociales. Estos últimos serían inevitablemente derechos imperfectos bien por su imposible universalidad, bien por su contenido indefinido, bien por su necesariamente imperfecta protección[8].

Creo que esta concepción, por extendida que esté, sigue obedeciendo a los intereses y prejuicios que retrasaron la aparición histórica de los derechos sociales y que no resiste un análisis teórico libre de tales prejuicios. Trataré de argumentarlo analizando algunas de las características diferenciales más generalmente invocadas y demostrando que no son predicables sólo de los derechos económico-sociales. Mi argumento, por tanto, no trata de demostrar que los derechos económico-sociales no tengan las imperfecciones que se les imputan sino de demostrar que tales supuestas

---

[8] El análisis que voy a presentar es deudor, principalmente, de lo que Wellman señala como "four interrelated difficulties in the theory of economic rights" (que son: la dificultad de la escasez de recursos, la dificultad de especificar el contenido, la dificultad de identificar a los segundos obligados y la dificultad de localizar el título que confiere el derecho) (Wellman, *An Approach to Rights*, cit., págs. 105-116) y Cascajo denomina "aporías de los derechos sociales" (que incluyen: su carácter relativo, su carácter gradual, su carácter dinámico, su debilidad orgánica y su carácter no-justiciable) (Cascajo, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, cit., págs. 30-34).

imperfecciones las tienen también los llamados "derechos individuales"[9].

Esas características diferenciales, aunque expresadas en formas distintas, pueden reducirse a las cinco siguientes: (1) los derechos económico-sociales no son universales, sino particulares de cierto tipo de sujetos; (2) los derechos económico-sociales no son absolutos (*erga omnes*) sino relativos a cierto tipo de relación social; (3) los derechos económico-sociales no son definitivos sino que requieren para su actualización la mediación de una cierta organización de las instituciones públicas; (4) los derechos económico-sociales no son gratuitos ni baratos sino que son derechos

---

[9] Omitiré, por entenderlo trivial, el argumento de que entre los llamados "derechos económicos, sociales y culturales" quedaron incluidos, por razones meramente históricas, derechos típicamente liberales como, por ejemplo, la libertad de asociación obrera, la no discriminación en el puesto de trabajo o la libertad de crear centros docentes (respectivamente, en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales: artículo 8.1.a, artículo 7.c y artículo 13. 4). Mis argumentos coinciden en términos generales con los de Ruiz Miguel, "Derechos liberales y derechos sociales", cit., passim, con la única diferencia de que él los organiza en torno a los presuntos caracteres de absolutidad, universalidad e inalienabilidad de los derechos humanos; coinciden también sustancialmente con el excelente análisis de V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., especialmente en el capítulo 1, págs. 19-64).

caros cuya satisfacción requiere llevar a cabo cuantiosas inversiones públicas; (5) los derechos económico-sociales no son, en consecuencia, justiciables. De ello derivan los que así piensan que en los derechos económico-sociales predomina la denominada dimensión objetiva frente a la dimensión subjetiva o, dicho en términos más claros: que los llamados derechos económico-sociales son buenas guías para el legislador pero no son derechos subjetivos.

2.1. Sobre el pretendido carácter particular ("los derechos económico-sociales no son derechos universales")

Si los derechos humanos tienen que ser derechos universales y la universalidad de los derechos consistiera en que el derecho en cuestión debe ser actualmente disfrutado por todos los seres humanos, sea cual sea la ocasión en que se encuentren, entonces algunos derechos individuales clásicos no son, ni han sido nunca, universales y, en consecuencia, no serían derechos humanos. Las declaraciones de derechos afirman categóricamente que los hombres tienen, por el mero hecho de ser seres humanos, ciertos derechos entre los que, por ejemplo, se encuentran el derecho a la propiedad y el derecho a la resistencia a la opresión. Naturalmente, los afortunados

seres humanos que no estén en la situación de oprimidos no disfrutan, o no pueden ejercer, el importante derecho de resistirse a la opresión, aunque nadie ha dudado de que eso no resta universalidad alguna al derecho cuyo significado moral normativo es que cualquier ser humano que se encuentre en la ocasión de estar oprimido tiene el derecho a resistirse. Más llamativo es el derecho de propiedad. Predicado como derecho natural de todo ser humano, nadie pretendió que el mero hecho de ser un ser humano concediese a nadie el derecho a ser propietario de algo (nunca, por lo que yo sé, el derecho de propiedad ha sido concebido como una pretensión). Lo único que le concedía era el derecho a poder serlo siempre y cuando se encontrase en la afortunada ocasión denominada "modo de adquirir la propiedad", ocasión detalladamente construida por la tradición jurídica liberal y más definitivamente establecida por los códigos civiles. Cualquier persona, pues, se convierte en propietario si ocupa un bien que sea apropiable por su naturaleza y que carezca de dueño, o bien si se lo concede el legislador, o bien si se lo regalan, o bien si se lo dejan en herencia o bien si lo adquiere por consecuencia de cierto contrato mediante la tradición[10].

---

[10] Estas referencias recogen los llamados "modos de adquirir la propiedad" según el artículo 609 del Código Civil español.

Obvio es decir que los millones de personas que, durante mucho tiempo y aun ahora, no han ocupado bienes ocupables que carezcan de dueño, no se han beneficiado de la benevolencia del legislador, no han heredado (normalmente, porque la situación de sus ascendientes era tan paupérrima como la suya), y no han tenido ocasión de formalizar un contrato que les proporcione algo más que un salario de subsistencia, son millones de personas que –después de cenar– no tienen propiedad alguna. El derecho natural universal a la propiedad no es otra cosa que el derecho universal a ser propietario si uno se encuentra en la ocasión de serlo. Entonces, y sólo entonces, la legislación moderna despliega un amplio sistema de libertades, potestades e inmunidades que configuran el supuestamente universal derecho de propiedad[11].

---

[11] El artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional francesa en 1789 e incorporada a la Constitución revolucionaria de 1791, sólo decía al respecto que "siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa". La Declaración jacobina de 1793 fue más explícita en su redacción –lo que Ritchie considera más adecuado a la mentalidad de un jurista inglés (D. G. Ritchie, *Natural Rights. A Criticism of some Political and Ethical Conceptions*, Londres, Allen & Unwin, 1894, 3ª reimp. 1924, pág. 265)– y dice en su artículo 16 que "el derecho

Parece fácil concluir que el que ciertos derechos universales se prediquen de los seres humanos que se encuentran en ciertas ocasiones, o que su disfrute dependa de una cierta configuración ocasional, no es un óbice a su pretendida universalidad. En todo caso no es una característica exclusiva de los derechos económico-sociales el que se trate de derechos que se predican del ser-humano-que-trabaja o del ser-humano-que-carece o, dicho en la otra forma, que su disfrute depende de cierta situación laboral o de cierta situación de carencia[12].

---

de propiedad es el que pertenece a todo ciudadano de gozar y de disponer, de acuerdo con su criterio, de sus bienes, de sus ganancias, del fruto de su trabajo y de su industria". Este notable esfuerzo definitorio, aunque permite atribuir a todos los hombres la propiedad sobre el fruto de su trabajo, sigue sin resolver cuándo los bienes, las ganancias y las industrias son "suyas". En todo caso –como señalan Holmes y Sunstein– "the definition, assignment, interpretation, and protection of property rights is a government service that is delivered to those who currently own property, while being funded out of general revenues extracted from the public at large" (S. Holmes y C. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York, Norton & Co., 1999, pág. 29). [La definición, asignación, interpretación y protección de los derechos de propiedad es un servicio del gobierno que se presta a aquellos que actualmente poseen propiedad, un servicio que está financiado con ingresos generales extraídos del público en general].

[12] Algunos autores recurren, a este respecto, a la distinción entre "titularidad" y "ejercicio" para defender que la universalidad se predica de la titularidad pero no

2.2. Sobre el pretendido carácter relativo ("los derechos económico-sociales no son derechos absolutos o erga omnes")[13]

Si los derechos humanos tienen que ser derechos absolutos y el carácter absoluto de los derechos consistiera en que el titular puede esgrimir su derecho contra todos y todos están obligados a realizar alguna acción o a observar alguna abstención para satisfacerlo, entonces ninguno de los derechos políticos clásicos sería absoluto y, en consecuencia, no serían derechos humanos. Los derechos políticos se predican de un sujeto frente

---

del ejercicio (véase, por ejemplo, F. J. Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, pág. 38). No me parece que el argumento así formulado sea correcto, como ha demostrado Westen en relación con la universalización de normas singulares (P. Westen, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rethorical Force of "Equality" in Moral and Legal Discourse*, Princeton, Princeton University Press, 1990, pág. 81), aunque la conclusión que a fin de cuentas se trata de sostener es la misma que aquí se sostiene (F. J. Contreras, *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., págs. 37-40).

[13] Otras veces se habla de "absolutos" en sentido de no-limitados y no-excepcionables. Véase A. Ruiz Miguel, "Derechos liberales y derechos sociales", cit., págs. 656-659. Utilizo aquí una noción de "absolutos" más familiar en la dogmática continental que se refiere a los derechos (también llamados "de exclusión") que tienen eficacia contra todos.

al estado del que el sujeto es ciudadano. El derecho de sufragio no se pretende que lo tenga todo ser humano respecto a los gobernantes de cualquier estado, sino precisamente del estado del que él forma parte y a cuyas decisiones normativas está habitualmente sometido. Cuando decimos que el derecho al sufragio o el derecho a un juicio justo es un derecho humano, decimos que cualquier persona tiene derecho moral al sufragio o, en su caso, a un juicio justo pero el obligado a satisfacer estos derechos depende nuevamente de la ocasión. El obligado –obligado moralmente y obligado por las declaraciones internacionales cuando han sido suscritas y, si todo va bien, obligado por las normas constitucionales internas– es el estado al que una cierta persona pertenece como ciudadano, en el primer caso, y el estado que procesa a una persona, aunque no sea ciudadano del estado, en el segundo caso. El estado español no está obligado a proporcionar un juicio justo a los concentrados en el campamento de Guantánamo, sino que lo están precisamente los Estados Unidos de América y los internados en Guantánamo tienen ese derecho contra los Estados Unidos y no contra los demás.

Consecuentemente, el que los derechos económico-sociales se ostenten contra un estado, sociedad política o institución determi-

nada no es una característica específica o peculiar de este tipo de derechos[14].

2.3. Sobre el pretendido carácter *prima facie* ("los derechos económico-sociales no son derechos definitivos")[15]

Si los derechos humanos tienen que ser derechos definitivos, en el sentido de que su

---

[14] Sin embargo la importancia moral de los derechos humanos, en cuanto derechos morales básicos del individuo, tiene una cierta dimensión absoluta. Como señalaba Neil MacCormick "los padres tienen el deber de cuidar a sus hijos precisamente *porque* los niños tienen derecho a ser cuidados y alimentados… a falta de los padres… el derecho de los niños permanece y ha de recurrirse a otros medios para cumplimentarlo" (N. MacCormick, *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, Madrid, Tecnos, 1990, pág. 135; véase también en el mismo sentido L. L. Hierro, "¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto", en *Sistema*, 46, 1982, págs. 45-61, pág. 60). Esta exigencia de satisfacción subsidiaria no es privativa de los derechos-pretensión sino que es predicable también de derechos-libertad, derechos-potestad y derechos-inmunidad; precisamente *porque* todos los seres humanos tienen derecho a la libertad de expresión, al sufragio o a un juicio justo, a falta de la protección de su estado el derecho permanece y hemos de recurrir a otros medios para satisfacerlo, lo que explica y justifica la permanente reivindicación de una efectiva protección supranacional de los derechos humanos.

[15] También el calificativo de "*prima facie*" se utiliza, al menos, en dos sentidos diferentes como he señalado en otra ocasión (L. L. Hierro, "El concepto de justicia y

configuración no depende de ulteriores precisiones institucionales sino que queda definida

---

la teoría de los derechos", en E. Díaz y J. L. Colomer, eds., *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza, 2002, págs. 11-73, nota 84 en pág. 67). Unas veces quiere decirse que no son derechos "absolutos" porque pueden entrar en conflicto y, si bien se consideran como "triunfos" a priori frente a otros valores o preferencias, ello no resuelve el problema cuando el conflicto es entre derechos humanos; en tal caso se requiere siempre una ponderación y un derecho (es decir, su satisfacción) puede tener que ceder total o parcialmente ante otro (A. Gewirth, "Are there any Absolute Rights?", en J. Waldron, ed., *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995, págs. 91-109, pág. 92; F. Laporta, "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa*, 4, 1987, págs. 23-46, págs. 40-41). En este sentido la idea de derechos "*prima facie*" se opone a la de derechos "absolutos" en el sentido de no limitados. Otras veces quiere decirse que los derechos humanos requieren compromisos institucionales para convertirse en derechos "finales". Estos compromisos son en todo caso necesarios para convertir los derechos morales abstractos en derechos constitucionales concretos bajo cuya forma "final" los derechos son normalmente "complejos" de pretensiones, libertades, inmunidades y potestades (T. M. Scanlon, "Rights, Goals and Fairness", en J. Waldron, ed., *Theories of Rights*, cit., págs. 137-152, pág. 139). Piénsese, por ejemplo, en la libertad positiva que es, en abstracto, una "potestad" y se manifiesta –entre otras cosas– en el derecho al sufragio cuya institucionalización implica la potestad de votar con fuerza decisoria, la libertad de elegir entre varias opciones, ciertas inmunidades (p.ej. el secreto del voto) y un sinfín de pretensiones frente al estado (que convoque elecciones, realice censos, publique listas, establezca colegios, etc., etc.). Por otra parte los compromisos institucionales pueden configurar de muchas formas admisibles la periodicidad

por su mero enunciado, entonces prácticamente ninguno de los derechos individuales, civiles o políticos clásicos sería definitivo y, en consecuencia, no serían derechos humanos.[16] El derecho a la seguridad jurídica, por poner un solo ejemplo, no ha dejado de extender su configuración o contenido. Inicialmente se pretendía sólo que el monarca estuviese sometido a las leyes, que los juicios

---

electoral, el sistema de demarcaciones, el carácter abierto o cerrado de las listas, etc. etc. En este sentido la idea de derechos "*prima facie*" se opone a la de derechos "finales". Aquí utilizo esta segunda acepción.

[16] A veces esta pretendida característica se enuncia diciendo que los derechos económico-sociales no son estables, sino que tienen un carácter dinámico. Creo que los argumentos esgrimidos sirven igualmente para impugnar esta pretendida característica de los derechos económico-sociales. La propiedad privada, el derecho al sufragio, el derecho a un juicio justo, el derecho a la defensa letrada, el derecho a la intimidad… son derechos que se encuentran mucho más o mucho mejor satisfechos y protegidos en la legislación actual de los estados de derecho de lo que lo estaban en el momento inicial de ser declarados, una vez que se han desarrollado, respectivamente, sistemas notariales y registrales públicos, sistemas electorales que incluyen censos exhaustivos y voto por correo, normas procesales que incluyen la doble instancia, turnos o servicios para la defensa de oficio o, en el último ejemplo, instituciones de protección de datos. Ello no significa que en los momentos iniciales de su declaración y positivación tales derechos fuesen inexistentes o meramente "*manifesto sense*". El carácter dinámico no es, desde luego, privativo de los derechos económico-sociales.

se celebrasen por autoridades judiciales preestablecidas y no por jueces *ad hoc*, o que no se embargasen los bienes inmuebles si el deudor disponía de bienes muebles; posteriormente se reclamó la publicidad formal de las leyes, la irretroactividad de las leyes penales o el derecho a la defensa letrada; todavía más tarde empezó a incluirse entre los contenidos de la seguridad jurídica un diseño estricto de la jerarquía de todas las disposiciones normativas, la motivación de las sentencias o la doble instancia en los juicios penales.

El argumento que ahora critico parece implicar que hay algunos derechos, los derechos individuales (y, quizá, los derechos políticos), cuya mera declaración surte, si se respeta, la configuración definitiva del derecho cuya realidad ya no se ve afectada por el ulterior desarrollo institucional y que, precisamente, un derecho es más claro, más intenso o más "*real*" en cuanto menos depende de su posterior configuración institucional. La respuesta a este argumento es doble. De un lado que, como ya he indicado, la configuración definitiva de un derecho siempre depende de ulteriores desarrollos institucionales y, de otro lado, que la claridad, realidad o intensidad del derecho en cuestión no depende de las posibilidades efectivas de satisfacerlo o protegerlo, aunque las requiera para obtener su configuración definitiva.

Si el sentido de afirmar que alguien tiene un derecho dependiese de las posibilidades actuales de satisfacer efectivamente su disfrute de tal derecho o, en su caso, de reparar efectivamente la violación de tal derecho; o si dependiese de esos mismos factores la importancia del derecho o su realidad (en el sentido, de resonancias realistas, en el que Carl Wellman distingue entre "*real rights*" y "*paper rights*"), entonces el derecho a la vida sería el derecho cuya afirmación tendría menos sentido, o el derecho de menor importancia o menos real (sería un "derecho de papel").

La razón es sencilla. El derecho a la vida, considerado tradicionalmente como un derecho individual universal *erga omnes*, no es una libertad (en muchas concepciones morales y en muchos ordenamientos jurídicos el derecho a la vida se entiende compatible con la prohibición del suicidio), ni es una inmunidad absoluta (al menos, en las concepciones morales y en los ordenamientos jurídicos que entienden compatible el derecho a la vida con la pena de muerte), ni es una potestad (aunque al hecho de vivir, unido a algunas ulteriores condiciones de competencia cognitiva, se le atribuyan potestades como las de contraer matrimonio o adquirir la propiedad), ni es una pretensión a recibir un bien que no se tiene o se ha perdido (la vida). El derecho a la vida es sólo el derecho a conservar la vida que ya

se tiene y a no ser privado de ella por la acción de cualquier otro ser humano ni, allí donde también se entiende como inmunidad absoluta, por la acción del estado. El contenido del derecho a la vida es sólo la pretensión de una serie de acciones normativas y fácticas por parte del estado que prevengan las acciones homicidas. En una concepción más social de los derechos, el derecho a la vida incluye también la pretensión de una serie de acciones normativas y fácticas por parte del estado que prevengan los hechos naturales que pueden privar de la vida, tales como las enfermedades mortales, las catástrofes naturales, los accidentes laborales o los accidentes de circulación. En ambos casos, el fundamento moral del derecho es asegurar el hecho de vivir (al que se atribuye un valor moral constitutivo) y el contenido del derecho es una pretensión de protección.

Pero –obvio es decirlo– si un asesino, una junta militar, una comida en mal estado, un huracán, un andamio sin protección o un conductor imprudente causan a alguien la muerte y violan, de este modo, su derecho a la vida, es sencillamente imposible restaurar al titular del derecho en el disfrute del mismo, como tampoco es posible disminuir el daño causado por la violación o compensarlo mediante una indemnización. No hay posibilidad alguna de recuperar la vida perdida, ni parte

de ella, ni de recibir compensación alguna por su pérdida. En este aspecto el derecho a la vida, a diferencia de los derechos a la propiedad, a la integridad física, al honor, al sufragio, a la libertad o cualquier otro, es el derecho peor satisfecho y peor protegido. Nadie sostiene, sin embargo, que carezca de sentido afirmar el derecho a la vida o que el derecho a la vida sea menos importante, menos "*real*" o que sólo pueda declararse "*manifesto sense*".

El que el derecho a la vida admita tan escasa protección no significa, por otra parte, que no admita ninguna o que la poca que admite sea poco relevante. La acción normativa y fáctica del estado para prevenir la violación del derecho puede tener una eficacia mayor o menor y, consecuentemente, la protección del derecho –en la medida sólo preventiva en que ella es posible– puede ser mayor o menor. Supongamos dos sistemas jurídicos cuyos respectivos textos constitucionales declaran en los mismo términos el derecho a la vida como derecho individual universal ("*Todos tienen derecho a la vida*"); supongamos que sus códigos penales condenan con penas respectivamente idénticas de un lado el homicidio voluntario, de otro sus formas agravadas, de otro el homicidio por imprudencia, y de otro la denegación de auxilio con resultado de muerte; supongamos

que sus leyes laborales contienen idénticas prescripciones sobre la seguridad laboral e idénticas sanciones contra los empresarios incumplidores, etc., etc. Si el primero de esos países dispone de una extensa y eficaz policía, así como de una extensa y eficaz inspección de trabajo, de modo tal que el índice de delitos contra la vida y el índice de accidentes laborales mortales son muy bajos, mientras que en el segundo país la carencia de lo uno y de lo otro se traduce en índices muy altos, la conclusión es que el derecho a la vida está más protegido, y consecuentemente se disfruta más, en el primero que en el segundo[17]. Los derechos, en cuanto situaciones normativas, tienen, como las normas, una dimensión de eficacia o vigencia que sólo la ceguera formalista puede desconocer o minusvalorar.

Consecuentemente, el que la configuración del derecho dependa de ulteriores precisiones institucionales y no de su mero enunciado no es una característica específica o peculiar de los derechos económico-sociales.

---

[17] "The amount the community chooses to expend decisively affects the extent to which the fundamental rights of Americans are protected and enforced" (S. Holmes y C. Sunstein, *The Cost of Rights*, cit., pág. 31). [La cantidad que la comunidad decide gastar afecta decisivamente al grado en que los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados Unidos de América se protegen y se hacen respetar].

2.4. Sobre el pretendido carácter costoso ("los derechos económico-sociales no son derechos gratuitos ni baratos")

Posiblemente el argumento más tópico y que frecuentemente engloba o subsume a los anteriores es el que esgrime la escasez de recursos.

Si los derechos humanos tienen que ser derechos baratos para que su satisfacción y protección efectiva no dependa de la contingente asignación de recursos colectivos escasos, esta condición de gratuidad podría interpretarse de dos formas. De acuerdo con una primera interpretación la condición de gratuidad se interpretaría como que la satisfacción y la protección del derecho no tienen coste alguno para nadie. De acuerdo con la segunda interpretación la condición de gratuidad se interpretaría como que la satisfacción y la protección del derecho tienen algún coste pero éste es asumido por el propio titular del derecho.

La primera interpretación es implausible salvo asumiendo una teoría de los derechos como meras libertades o inmunidades verticales que se satisfacen con la mera abstención del estado. Ningún liberal ha suscrito nunca semejante concepción de los derechos. Los

liberales, desde Locke hasta ahora incluyendo los más radicales como Hayek y Nozick, han sostenido sin empacho alguno que el estado se justifica porque protege los derechos individuales, porque asume, al menos, el legítimo monopolio de la violencia conforme al cual queda abolida la defensa privada –que sólo es legítima en casos límite- y sustituida por la defensa pública de los derechos. De tal modo surge, como mínimo, un aparato estatal de defensa, un aparato estatal de policía y un aparato estatal de administración de justicia. Obvio es decir que todos ellos son caros y, con toda probabilidad, muy caros[18]. Naturalmente, lo mismo cabe decir de la implementación de derechos políticos, como el derecho al sufragio, cuya mera realización supone costosos sistemas públicos.

La segunda interpretación argumentaría que el coste de los derechos individuales se asume por su titular[19]. La protección de la

---

[18] El lugar clásico sobre la cuestión es el libro de Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, que vengo citando, *The Cost of Rights*. Véase también A. Ruiz Miguel, "Derechos liberales y derechos sociales", cit., págs. 659-660.

[19] Holmes y Sunstein subrayan que "the dependency of rights protection on private resources is well understood and has traditionally attracted greater attention that the dependency of rights protection on *public* resources" (S. Holmes y C. Sunstein, *The Cost of Rights*, cit., pág. 21, donde se incluye una distinción entre costes presupuesta-

propiedad mediante el sistema notarial, registral y judicial puede ser costeada por los propios titulares de los derechos de propiedad mediante sistemas de aranceles y tasas, y ésta ha sido ciertamente la forma más frecuente en los países liberales. Ello no tiene nada de extraño ya que, por definición, hablamos de la protección de la propiedad privada para aquellos seres humanos que se encuentran en la afortunada ocasión de ser propietarios. Pero ni siquiera la protección general que el sistema liberal implementó mediante el ejército, la policía y la justicia penal han dejado nunca de ser considerados bienes públicos en el estricto sentido económico y, por ello, costeados socialmente. Por otra parte asumir que el coste de los derechos dependa exclusivamente de la capacidad económica del titular es asumir una condición muy fuerte de desigualdad que es la que late, por supuesto, en el libertarismo de Nozick. Es tanto como asumir que todos tienen derecho a la integridad física y derecho al honor pero que sólo se reparará la violación del derecho a la integridad física y del derecho al honor de quien tenga dinero para pagarla. Baste ahora señalar

---

rios, costes sociales y costes privados de los derechos). [Hacer depender la protección de los derechos de recursos privados se comprende bien y, tradicionalmente, ha atraído mayor atención que el hacerla depender de recursos *públicos*].

que, en la tradición liberal misma, se han instrumentado diferentes formas de asignar los costes de la protección según se trate del ejercicio de acciones civiles, del ejercicio de acciones penales (incluso distinguiendo delitos públicos y delitos privados), o de otras acciones institucionales como la protección registral de la propiedad inmueble o de la propiedad intelectual.

No hay, pues, nada cualitativamente distinto en implementar un sistema en el que los derechos económico-sociales (por ejemplo: el derecho a la educación o el derecho a la salud[20]) sean desarrollados como bienes públicos aunque sean costeados en ciertas ocasiones por quienes los disfrutan, mediante sistemas de aranceles o tasas, siempre y cuando puedan hacerlo[21]. La pretensión de que el

---

[20] Como señalan Holmes y Sunstein, "investment in education closely parallels investment in the enforcement of property rights and the protection of owners from arson and acquisitive crime" (S. Holmes y C. Sunstein, *The Cost of Rights*, cit., pág. 212). [La inversión en educación es prácticamente equivalente a la inversión en la protección de los derechos de propiedad y en la protección de los propietarios frente a incendios provocados y delitos contra el patrimonio].

[21] Peces-Barba suscita una cuestión interesante al señalar que, en los derechos económico-sociales, "se ha producido una gran confusión en el Estado social y se ha considerado como meta de estos derechos la generalización de los mismos a todos los hombres, con lo cual se ha

derecho a la educación o el derecho a la salud tiene una estructura cualitativamente distinta, por razón de que implican costes, al derecho de sufragio o al derecho a la tutela judicial es una pretensión sin ningún fundamento[22]. Cues-

---

desviado su objetivo y se han favorecido situaciones de injusticia. La llamada generalización de la protección de la salud o de la gratuidad de la enseñanza, han desvirtuado la finalidad de esos derechos al acoger a quienes tienen medios para satisfacer esas necesidades, junto a los que no podían hacerlo por sí mismos" (G. Peces-Barba, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, cit., págs. 65-66). Frente a ello Peces-Barba propone, respecto a estos derechos, un criterio de igualdad-como-diferenciación que sirva para alcanzar la igualdad-como-equiparación y ello le conduce a concluir que en los derechos individuales, civiles y políticos "los destinatarios son todas las personas" mientras que en los derechos económico-sociales los destinatarios son "sólo los afectados por las carencias" (ibidem, p. 66). En mi opinión es claro que Peces-Barba está argumentando sobre la distribución de los costes y sobre en qué ocasiones el estado ha de resultar el obligado directo a satisfacer el derecho y en cuáles sólo estaría obligado a garantizar su protección. Peces-Barba coincidiría conmigo en que cualquier niño, por rica que sea su familia, tiene derecho a la educación o en que cualquier persona, por muy adinerada que sea, tiene derecho a la protección de su salud. Otra cosa es cómo distribuir el coste de lo uno y de lo otro.

[22] El argumento en contra –esto es: que los derechos económico-sociales tienen una estructura cualitativamente distinta a los derechos individuales, civiles y políticos– es muy común en la doctrina. Por ejemplo, Francisco J. Contreras lo sostiene con abundante apoyo bibliográfico aunque, para "conservar su viabilidad", excluye de la clase de los derechos económico-sociales el derecho a la libertad sindical y el derecho de huelga. El argumento

tión distinta es cómo distribuir ese coste. Por otra parte, la protección de los derechos cuando han sido violados implica, en todo caso, costes tanto se trate del derecho a la vida o del derecho al honor como del derecho a la salud o del derecho al medio ambiente. Cuestión distinta es, nuevamente, cómo se distribuyan esos costes.

Que el sistema educativo publico o el sistema sanitario público sea más costoso que el sistema policial o el sistema electoral, aparte de ser empíricamente discutible, sólo arrojaría una diferencia cuantitativa que no puede traducirse en una pretendida diferencia ontológica entre el derecho a la educación o el derecho a la salud, de un lado, y el derecho a la propiedad privada o el derecho al sufragio, del otro.

---

principal estriba en que las libertades sólo exigen una acción del estado de carácter adjetivo (F. J. Contreras, *Derechos sociales*: *teoría e ideología*, cit., pág. 31), mientras que para los derechos económico-sociales "la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho". En tal caso, estos autores deberían concluir también que el derecho a la seguridad jurídica o el derecho al sufragio son derechos económico-sociales.

2.5. Sobre el pretendido carácter programático ("los derechos económico-sociales no son derechos justiciables")

De las anteriores pretendidas diferencias suele derivarse como corolario que los derechos individuales, civiles y políticos son justiciables mientras que los derechos económico-sociales no son justiciables[23].

De acuerdo con lo que ya he indicado deberíamos admitir que el derecho a la vida, para aquel titular que es privado de él, no es un derecho justiciable. De ello no se deriva que no sea un derecho y que no deba ser, hasta

---

[23] Todo el largo capítulo 3 de V. Abramovich y C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., págs. 117-254, analiza la justiciabilidad. Parten allí de que los obstáculos a la exigibilidad de los derechos sociales ante los tribunales son, pretendidamente, cuatro: la determinación de la conducta debida (que quedaría incluido en el argumento que he discutido sub 2.3); la autorrestricción judicial en cuestiones políticas y técnicas; la ausencia de mecanismos procesales adecuados; y la escasa tradición del control judicial específico de este tipo de derechos. Ellos ofrecen un interesante análisis de las estrategias judiciales desarrolladas por diferentes tribunales para superar estos obstáculos. Véanse también los trabajos, más convencionales, de M. Scheinin, "Economic and Social Rights as Legal Rights" y S. Liebenberg, "The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems" (ambos en A. Eide, C. Krause y A. Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, cit., págs. 29-54 y 55-84 respectivamente).

donde es preventivamente posible, protegido. Que un derecho admita una protección judicial directa perfecta o reparadora (digamos, la reivindicación o restauración del titular en el disfrute del derecho, como el derecho de propiedad) o una protección judicial directa imperfecta o compensadora (digamos, la indemnización por la violación del derecho, como el derecho a la integridad física) o una protección judicial indirecta generalmente preventiva (digamos, una sanción al que viola el derecho, como el derecho a la vida) no permite derivar que uno sea un derecho más importante o más real que otro, sino sencillamente que uno es más fácil de satisfacer o de proteger que el otro.

Que existan derechos cuya satisfacción no puede obtenerse de forma directa y perfecta mediante una decisión judicial no resta nada a la fuerza del argumento moral que exige que ese derecho sea satisfecho, aunque su satisfacción requiera la actividad legislativa y "contar para su realización con una determinada estructura y organización en el campo económico y social"[24] ni impide que el ordenamiento jurídico prevea que, cuando el derecho no puede ser satisfecho de esa forma, el juez dicte una decisión compensadora o san-

[24] J. L. Cascajo, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, cit., pág. 30.

cionadora. Que el juez, en un estado de derecho, sólo podrá dictar tal tipo de resoluciones si las leyes le autorizan a hacerlo es una trivialidad cuando se esgrime como argumento diferenciador de los derechos económico-sociales. Mientras la regla de reconocimiento entonces vigente sólo atribuyó a la parte declarativa de las constituciones un valor programático y no la eficacia jurídica directa –como ocurrió durante largas décadas en los países europeos– los jueces no podían proteger la libertad de prensa sino en los términos previstos por la legislación de prensa que, con frecuencia, admitían la censura gubernativa. Ello sólo significa que la libertad de prensa estaba legalmente muy mal protegida, no que no constituyera un derecho moral y, allá donde estaba constitucionalmente declarado, un derecho constitucional mal protegido. El que una constitución, o la legislación que la desarrolla, no proteja eficazmente (incluso mediante la autorización de decisiones judiciales reparadoras, compensadoras o sancionadoras) el derecho a la educación o el derecho a la salud sólo significa que el derecho a la educación o el derecho a la salud están jurídicamente muy mal protegidos en tales casos.

Me parece que arrastramos un insostenible prejuicio cuando, con tanta frecuencia, se argumenta sobre las dificultades de protec-

ción judicial de los derechos económico-sociales frente a una supuesta facilidad en la protección judicial de los derechos individuales. Creo que hay que subrayar, nuevamente, que el error se encuentra en el pretendido punto de partida, esto es: en la supuesta facilidad y eficacia inmediata de la protección jurisdiccional de los derechos individuales. Este punto de partida, que suele darse por evidente, parece insinuar que el juez no ha requerido la intervención del legislador para proteger los derechos individuales. Es difícil, si no imposible, concebir cómo podría llevarse a cabo una fácil e inmediata protección del derecho de propiedad, del derecho de sufragio, del derecho a la vida, de la libertad de expresión o del derecho al honor sin la mediación de la legislación civil, la legislación electoral, la legislación penal y la legislación procesal. La principal diferencia entre los derechos individuales y los derechos sociales no estriba, a efectos de su justiciabilidad, en que los primeros no requieran la mediación del legislador y los segundos sí, sino en que la mediación legislativa para configurar los derechos individuales ya estaba, en gran medida, satisfecha en la tradición jurídica occidental (vida, propiedad, libertad de comercio, honor, etc.) y fue corregida y completada –principalmente mediante su generalización formal y su sistematización– en el período de las revoluciones burguesas mien-

tras que tal mediación legislativa para configurar los derechos sociales se inicia, básica y tímidamente, en el siglo XX y está todavía haciéndose.

3. Excurso sobre los derechos que no son derechos

El constituyente y el legislador, sea cual sea el mágico poder que les atribuimos, pueden hacer mucho, casi todo, e incluso a veces decir tonterías. En España es proverbial la ingenua pasión humanista que inspiró al constituyente de 1812 que, a pesar de las protestas del diputado Villanueva[25], acabó por incluir en su artículo 6 la obligación de los españoles de *"ser justos y benéficos"*. No menos ingenuos fueron los pueblos de las colonias americanas que declararon como un derecho el derecho a la felicidad pero, como dijo Richtie:

> The right, not merely of pursuing but of obtaining happiness, which is named as one of the natural rights of man in most American State Constitutions, may seem, in this world of ours, to be a very large order in the bank of Providence[26].

---

[25] M. Fernández Almagro, *Orígenes del régimen constitucional en España* (Barcelona, Labor, 1928), pág. 140.

[26] D. G. Ritchie, *Natural Rights*, cit., pág. 272. [El derecho no sólo de buscar sino de obtener la felicidad,

Los derechos se invocan, a veces, como meras aspiraciones o pretensiones ideales sin que sea posible definir quién es el obligado a satisfacerlos ni cuál la forma de protegerlos. Joel Feinberg ha expuesto con claridad el uso retórico del concepto "derechos humanos" en lo que denomina un "*manifesto sense*" cuando "un derecho no necesita ser correlativo con el deber de otro"[27]. Feinberg mira con simpatía este uso retórico aunque prefiere un concepto más estricto conforme al cual "tener un derecho es tener una pretensión contra alguien cuyo reconocimiento como válida viene requerido por algún conjunto de reglas efectivas o de principios morales"[28].

Esta opción por un concepto normativamente estricto de "derechos" tiene dos implicaciones: que todo derecho es correlativo de uno o más deberes de otro u otros y que tales deberes pueden ser satisfechos, pues nadie está obligado a lo que no puede hacer. Los deberes correlativos pueden ser deberes

---

que es mencionado como uno de los derechos naturales del hombre en la mayoría de las constituciones de los estados de los Estados Unidos de América, puede parecer, en este mundo nuestro, un cheque demasiado elevado en el banco de la Providencia].

[27] J. Feinberg, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty* (Princeton, Princeton University Press, 1980), pág. 153.

[28] Ibidem, pág. 155.

positivos (como obligaciones o sujeciones) o deberes negativos (como abstenciones o incompetencias) y pueden ser deberes generales (o de todos) o deberes especiales (o de algunos) pero, en cualquier caso, si no es posible establecer sobre nadie el deber que satisface el derecho, carece de sentido afirmar que el derecho existe pues no pasa de ser un "cheque contra la Providencia". En términos jurídicos esto significa que si un orden legal dado declara un cierto derecho sin establecer los deberes jurídicos correspondientes a su satisfacción, simplemente el derecho no existe como derecho subjetivo positivo en ese ordenamiento jurídico o, lo que es igual, es un "derecho de papel". Esto significa igualmente que si, en términos morales, no podemos razonablemente fundamentar el deber de nadie para satisfacer un derecho, entonces no podemos razonablemente afirmar que tal derecho existe. Pérez Luño ha considerado que esta restricción que ya propuse hace años[29] supone privar a los derechos de "su dimensión emancipatoria y su propio contenido axiológico" porque identifica a los derechos "con los contenidos empíricos del derecho positivo de cada sistema político"[30]. La res-

[29] L. L. Hierro, "¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto", cit., pág. 60.

[30] A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, cit., págs. 175-176. Francisco J.

tricción, sin embargo, tiene un mero carácter conceptual y pretende configurar un concepto claro y riguroso –aunque no voluntarista– de "derechos". No supone, desde luego, ninguna reducción al derecho positivo pues, en términos morales, uno puede y debe someter a crítica "las condiciones de posibilidad para la realización de los derechos"[31]. Sí supone, sin embargo, que enunciar el "derecho a la felicidad", sea cual sea su carácter emancipatorio, no tiene sentido alguno, como ya hemos visto que señaló Ritchie; supone también que "los derechos o, por así decirlo, su contenido se expanden al mismo ritmo al que se expande la riqueza material y cultural de una sociedad"[32].

Contreras va más lejos afirmando, en relación con mi trabajo de 1982, que la "reserva económica de lo posible" supone "asestar una puñalada en la espalda a la utopía de los derechos humanos, el gran ideal de los tiempos modernos" (F. J. Contreras, *Derechos sociales: teoría e ideología*, cit., pág. 114). Aunque esta gruesa afirmación, y las que la siguen, tienen mucho de retórico, sería fácil responderle que a algunos nos preocupan los derechos humanos que pueden estar en alguna parte y que, por ello, no son u-tópicos.

[31] A. E. Pérez Luño, ibidem. Eso he tratado de hacer, por ejemplo, en relación con la eficiencia productiva en L. L. Hierro, *Justicia, igualdad y eficiencia* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).

[32] L. L. Hierro, "El concepto de justicia y la teoría de los derechos", cit., pág. 51.

4. Los derechos económico-sociales en la dogmática de Robert Alexy

De acuerdo con el propósito de este trabajo trataré ahora de comparar la reconstrucción teórica de los derechos sociales que Alexy propone con las presuntas diferencias entre derechos individuales y derechos sociales que acabo de comentar. Conviene comenzar por recordar esquemáticamente el sistema de los derechos fundamentales que Alexy ofrece y que es el siguiente:

DERECHOS FUNDAMENTALES

1. DERECHOS A ALGO
1.1. Derechos de defensa (a acciones negativas)
1.1.1. Derechos al no impedimento de acciones
1.1.2. Derechos a la no afectación de propiedades
1.1.3. Derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas
1.2. Derechos a acciones positivas
1.2.1. Derechos a acciones positivas fácticas
1.2.2. Derechos a acciones positivas normativas
2. LIBERTADES
2.1. Libertades jurídicas no protegidas
2.2. Libertades jurídicas protegidas
3. COMPETENCIAS

Afortunadamente Alexy prescinde de las tradicionales distinciones entre derechos individuales y derechos sociales para ofrecer

una clasificación de los derechos fundamentales basada en su estructura deóntica y no en los avatares de su aparición histórica. Los derechos económico-sociales se sitúan, en este esquema, como derechos a acciones positivas del Estado o prestaciones en sentido amplio (1.2). Estos derechos a prestaciones en sentido amplio abarcan diversas modalidades, "desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y en bienes" (Alexy, *Teoría*, pág. 427), por lo que Alexy –admitiendo que hace un uso de la expresión "prestaciones" más amplio del que es habitual (pág. 428)– propone subdistinguir tres grupos de derechos a prestaciones en sentido amplio: (1) los derechos a protección, (2) los derechos a organización y procedimiento y (3) los derechos a prestaciones en sentido estricto (pág. 430), advirtiendo que los "llamados derechos fundamentales sociales, es decir, por ejemplo, los derechos a la asistencia social, al trabajo, la vivienda y la educación (…) constituyen un sector importante de aquello que puede ser llamado «derecho a prestaciones», pero no agotan su ámbito" (pág. 420).

4.1. Los derechos a protección

Según Alexy los derechos a protección son los derechos que alguien tiene frente al estado "para que éste le proteja de las intervenciones de terceros" (pág. 435). Se trata de la protección de muy diferentes cosas, tales como la vida y la salud, la libertad, la familia o la propiedad, y lo que tienen en común los derechos a protección es que se trata de derechos constitucionales frente al estado para que éste haga algo, bien normativamente bien fácticamente (pág. 436). Cuando Alexy opta por afirmar que existen propiamente derechos a protección como derechos subjetivos fundamentales específicos que son derechos distintos (y que no se trata, pues, de meras normas objetivas que establezcan un deber del estado) concluye que estos derechos a protección, a diferencia de los meros derechos de defensa (que sólo requieren acciones negativas del estado), "comparten una serie de problemas con los derechos sociales fundamentales, con los derechos a prestaciones en sentido estricto (…) La comunidad de problemas pone, además, de manifiesto que el foso que separa los derechos de la tradición liberal de los derechos propios del Estado social no es tan profundo como podría pensarse a primera vista" (pág. 441).

Hasta este punto la propuesta de Alexy me parece impecable. El problema comienza, en mi opinión, cuando Alexy trata de diferenciar entre los derechos a protección y los derechos de defensa. La diferencia nuclear entre los meros derechos de defensa y los derechos a protección estriba en que respecto a los primeros el estado sólo tiene "el deber de omitir intervenciones" mientras que respecto a los segundos tiene "el deber de encargarse de que terceros omitan intervenciones". Alexy discute ampliamente las objeciones a la distinción entre derechos de defensa y derechos a protección. La discusión, sin embargo, no resulta en mi opinión nada concluyente. El problema no estriba –creo yo– en si cabe establecer una distinción dogmática entre los derechos de defensa y los derechos a protección sino en si los derechos a protección no son una categoría redundante respecto al derecho a aquella cosa que se protege, sea la vida, la libertad, la familia, la propiedad, etc. Si aceptamos las categorías de Alexy resulta que alguien tiene un derecho a la libertad de expresión (al que llamaremos DLE^1) y un derecho de defensa a la libertad de expresión frente a la acción del estado (al que llamaremos DLE^2) y un derecho a la protección de la libertad de expresión frente al estado para que evite la violación del derecho por la intervención de particulares (al que llamaremos DLE^3). La libertad de expresión, o el derecho a la

vida, o el derecho a la propiedad, etc. se desdoblan de este modo en uno o varios derechos de defensa y uno o varios derechos de protección dando lugar a una multiplicación innecesaria de entidades.

Bastaría decir, por el contrario, que si alguien tiene un derecho *erga omnes* a la libertad de expresión (este es el *ius*) entonces la satisfacción del derecho requiere garantizar normativamente que ni las autoridades del estado ni los particulares pueden intervenir impidiendo el ejercicio o disfrute de ese derecho, y que la protección del derecho exige medidas normativas y/o fácticas tendentes a evitar tales intervenciones (este es el *remedium*). Naturalmente, el derecho está mejor satisfecho o más protegido en la medida en que el remedio es más eficaz. El remedio puede incluir medidas normativas y fácticas muy distintas (acciones preventivas, medidas sancionadoras, medidas resarcitorias, etc.) pero el remedio no constituye un derecho distinto o un conjunto distinto de derechos sino un elemento de la configuración institucional del derecho[33].

---

[33] Nada tengo que objetar, por supuesto, a la distinción que Alexy introduce en esta discusión entre los derechos cuya satisfacción requiere deberes negativos generales, por lo que sólo la omisión de todas las acciones de violación satisface el derecho, y los derechos cuya

El segundo problema de la disociación entre derechos de defensa y derechos a protección estriba en que, de acuerdo con la propia dogmática de Alexy, la protección de cualquier derecho requiere un específico derecho a protección. Alexy admite, por ejemplo, que el derecho al honor personal forma parte del derecho general abstracto a la personalidad (*Teoría*, pág. 356). Pues bien, si reconocemos (por ejemplo, en una constitución) el derecho al honor personal parece obvio que, para superar la mera retórica declarativa, hemos de reconocer que el derecho al honor personal tiene algún tipo de protección (*remedium*) ya sea mediante el derecho a la rectificación, la sanción penal de las injurias y calumnias, la actividad de una agencia de protección de datos, o cualesquiera otros instrumentos normativos y fácticos. No se me ocurre ningún derecho de tipo alguno que no requiera una u otras formas de protección y, en este sentido, todos los derechos darían lugar a derechos a protección y, consecuentemente, no existirían derechos-sin-derecho-a-protección ni derechos-a-protec-

---

satisfacción requiere deberes positivos (especiales o generales), por lo que la realización de una sola acción adecuada ya satisface el derecho (véase Alexy, *Teoría*, pág. 447). La cuestión es, como enseguida discuto, si todo derecho requiere del estado alguna acción de protección, esto es, alguna acción positiva.

ción-sin-derecho-que-proteger, lo que pone en duda la autonomía de la categoría "derechos a protección".

4.2. Los derechos a organización y procedimiento

Para explicar la existencia de los derechos a organización y procedimiento –que, como ya vimos, son el segundo tipo de derechos a prestaciones en sentido amplio– Alexy cita muy oportunamente una sentencia del Tribunal Constitucional alemán para señalar que "de acuerdo con la concepción constitucional (…) una protección jurídica efectiva –que asegure la existencia de la propiedad– es un elemento esencial del derecho fundamental mismo"[34] e incluso que, como consecuencia de la doctrina constitucional, "a todo derecho fundamental material le están adscriptos derechos procedimentales" (*Teoría*, pág. 460). Coherentemente con su construcción dogmática Alexy considera que los derechos a organización y procedimiento son esencialmente competencias que incluyen (1) competencias de derecho privado, (2) procedimientos judiciales y administrativos, (3) organización en sentido estricto y (4) formación de la voluntad estatal (pág. 468).

---

[34] BverfGE, 24, 367 (401). Citada en Alexy, *Teoría*, pág. 460.

Al analizar las competencias de derecho privado Alexy constata con claridad meridiana que el matrimonio o la propiedad son situaciones que requieren la concurrencia de normas constitutivas, por lo que el derecho a la propiedad o el derecho a contraer matrimonio es lo mismo que el derecho a normas que establezcan la propiedad o a normas que instituyan el matrimonio. Prescindiendo ahora de que ello implica que quien afirme que existe un derecho moral a la propiedad o al matrimonio ha de configurar de qué tipo de propiedad o de matrimonio está hablando, lo interesante es que, en este punto, Alexy propone la siguiente generalización:

> No existen, primero, garantías institucionales objetivas que, a través del aseguramiento de un conjunto básico de normas sirvan para el aseguramiento de derechos fundamentales y, segundo, derechos fundamentales como derechos subjetivos que de esta manera son asegurados, sino que existe un derecho subjetivo a la vigencia de normas de derecho privado que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental (pág. 471).

Aquí, si yo entiendo bien, Alexy disuelve la dualidad entre un presunto derecho a la organización de la propiedad y un derecho de propiedad. El derecho de propiedad es cabalmente el derecho a la organización de la

propiedad. Según él, el derecho de propiedad es el derecho frente al estado a que tengan validez las normas que instituyen la propiedad y el entenderlo así sólo "agrega la subjetivización al mero aseguramiento objetivo" (ibidem), lo que "es indispensable si los derechos fundamentales son tomados en serio como derechos individuales" (ibidem). No tengo nada que objetar pues mi única objeción, como antes he indicado, estriba en que idéntica construcción teórica me parece aplicable –o generalizable– a cualquier tipo de derecho. Naturalmente soy consciente de que la vida, la integridad física o incluso el honor, a diferencia de la propiedad privada o del matrimonio, no requieren normas constitutivas pero no veo nada que impida afirmar que el derecho a la vida, a la integridad física o al honor son derechos subjetivos a la vigencia de normas que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental.

Desde luego que Alexy tiene razón cuando afirma que "los derechos a procedimiento en sentido estricto sirven, en primer lugar, para la protección de posiciones jurídicas existentes frente al Estado y frente a terceros" (pág. 474) por lo que pueden reducirse a derechos a protección. El análisis de los dos restantes grupos (los derechos a organización en sentido estricto, como por ejemplo el derecho a

una organización pluralista e independiente de la radiodifusión, y los derechos a la formación de la voluntad estatal) suscitan cuestiones similares a los dos anteriores que Alexy resuelve en términos paralelos: se trata de derechos subjetivos a que el estado dicte ciertas normas mediante las que se configura y satisface el derecho individual a una determinada forma de radiodifusión o el derecho individual a ejercer la competencia de votar.

Mi opinión es que la afirmación de Alexy antes citada (pág. 471) es generalizable a cualquier derecho, incluso a los llamados derechos de defensa. Podríamos decir que, *en cualquier caso, no existen, primero, garantías institucionales objetivas y, segundo, derechos fundamentales de esta manera asegurados, sino que existe un derecho subjetivo a la vigencia de normas de derecho público y/o de derecho privado que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental*. Consecuentemente, todos los derechos, incluso los derechos de defensa, requieren para estar garantizados acciones normativas y/o fácticas por parte del estado y, por ello, todos los derechos, incluso los derechos de defensa, se convierten en derechos a protección y, puesto que los derechos a protección se convierten en derechos a organización y procedimiento, quiere decirse que todos los derechos incluso los derechos de

defensa se convierten en derechos a organización y procedimiento y son derechos a prestaciones en sentido amplio.

Por otra parte, ni los derechos a protección ni los derechos a organización y procedimiento ofrecen, en Alexy, una configuración definitiva en el sentido de que su mero enunciado implique una determinada forma de estos derechos, los cuales revisten, por ello, un carácter de derechos *prima facie* que pueden ser satisfechos y protegidos mediante acciones normativas diversas del legislador. Interesa subrayarlo, de forma preliminar, para comprobar enseguida que son en este aspecto perfectamente similares a los derechos a prestaciones en sentido estricto.

4.3. Los derechos a prestaciones en sentido estricto

De acuerdo con Alexy los derechos a prestaciones en sentido estricto "son derechos del individuo frente al estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo también de particulares" (pág. 482).

Alexy distingue, en relación con este tipo de derechos tres posibilidades teórico-estructurales según las normas que los reconozcan:

que se trate de derechos subjetivos o sólo de normas objetivas, que se trate de normas vinculantes o de normas no vinculantes, y que se trate de derechos/deberes definitivos o *prima facie*[35]. Alexy da por supuesto que esa diversidad de posibilidades tiene como consecuencia que "en el problema de los derechos fundamentales sociales no puede tratarse de una cuestión de todo o nada" (pág. 486).

Alexy sólo discute dos objeciones a los derechos sociales a las que denomina formal y material (págs. 489-490). La objeción formal, según Alexy, estriba en el dilema que se produce entre vinculación y competencia: "si los derechos fundamentales sociales son vinculantes, conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia del parlamento a la del Tribunal Constitucional; si no son vinculantes, conducen a una violación de la cláusula de vinculación del artículo 1 párrafo 3 LF" (pág. 490). En realidad la objeción formal incluye, si uno lee atentamente, tres de las aporías que antes he manejado: la de la no-definitividad, la de la no-gratuidad y la de la no-justiciabilidad (págs. 490-491). La objeción material, por su parte, pretende que los derechos sociales son inconciliables con ciertos derechos de liber-

[35] Véase el cuadro en *Teoría*, pág. 484.

tad, con otros derechos sociales y con bienes colectivos.

Para responder a estas objeciones Alexy invoca la "idea rectora" que había esbozado al principio del capítulo IX (pág. 432) conforme a la cual "los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria". Alexy propone, en consecuencia, una ponderación de los principios en juego: el principio de libertad fáctica que sería el principal fundamento de los derechos sociales (pág. 486-489), el principio democrático de decisión, el principio de la división de poderes y el principio de la libertad jurídica de otros, así como los otros derechos sociales y los bienes colectivos. Si una prestación es requerida por el principio de libertad fáctica y los principios opuestos son afectados "en una medida relativamente reducida" (pág. 495), entonces cabe admitir que está garantizado por la constitución y, según Alexy, tales condiciones se satisfacen "en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica" (ibidem).

4.4. Igualdad formal e igualdad material: la ponderación y la hipótesis del mínimo

Si uno trata de escudriñar mediante qué ponderación el profesor Alexy llega a esta tímida conclusión tiene que volver hacia atrás y repasar sus consideraciones sobre el derecho a la igualdad. Para Alexy, si el mandato contenido en el artículo 3, párrafo 1, de la Ley Fundamental de Bonn ("todas las personas son iguales ante la ley") se interpretara como la mera exigencia de "una práctica universalista de decisión" (pág. 386) podría ser satisfecho siempre que las normas se formularan bajo la forma de normas universales[36]. La consecuencia es, en palabras de Alexy, que "sólo si la fórmula «Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual» no es interpretada como exigencia dirigida a la forma lógica de las normas sino como exigencia a su contenido, es decir, no en el sentido de un mandato de igualdad *formal* sino *material*" se puede concluir una concreta vinculación del legislador a tal mandato constitucional (pág. 386). La conclusión que Alexy propone es que la norma de igualdad de tratamiento y desigual-

---

[36] En mi opinión, Alexy tiene, en este punto, toda la razón como he tratado de demostrar en L. L. Hierro, "Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley" (en *Doxa*, 26, 2003, págs. 449-476).

dad de tratamiento opera de forma asimétrica ya que obliga *prima facie* a un tratamiento igual salvo que existan razones que justifiquen un tratamiento desigual por lo que a favor de la igualdad *de iure* existe una carga de argumentación que no existe a favor de la igualdad de hecho (pág. 412).

Hasta aquí no hay nada que oponer a la construcción de Alexy. Los problemas comienzan cuando Alexy afirma, un tanto apodícticamente, que "no puede haber ninguna duda de que el principio de la igualdad *de iure* no puede ser sacrificado en aras de la igualdad de hecho" (pág. 406). Antes de continuar la discusión he de advertir que Alexy, en este punto, se pone la venda antes de recibir la herida, advirtiendo –citando a Dreier– que "la interpretación de la máxima de la igualdad que uno elija depende de la filosofía del derecho y del estado que uno posea" (pág. 407).

Es claro que la filosofía del derecho y del estado que suscribe Alexy parece asumir sin mucha discusión tres axiomas notoriamente conservadores. El primero es que la igualdad *de iure* no puede ser sacrificada en aras de la igualdad de hecho, axioma que no se deriva de su propio argumento de que existe una carga de la argumentación a favor de la igualdad formal, ya que si esta presunción es sólo

prima facie –lo que el mismo Alexy parece admitir– entonces cabe argumentar en favor de sacrificios de la igualdad formal en aras de la igualdad material. El segundo es que el fundamento principal de los derechos sociales o derechos a prestaciones en sentido estricto sea el principio de libertad fáctica y no el principio de igualdad o, dicho de otro modo, de igualdad de oportunidades para la libertad fáctica. El tercero es que los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos a bienes que uno podría adquirir en el mercado si tuviese recursos suficientes. En este tercer axioma se incluye una cierta petición de principio pues se da por supuesto, sin argumento alguno, que un sistema educativo público o un sistema sanitario público sólo se justifican como remedio subsidiario para solucionar carencias del lado de la oferta o del lado de la demanda mientras que es perfectamente argumentable que se justifican para satisfacer derechos fundamentales y que es la iniciativa privada la que tiene un mero papel subsidiario en la creación de estos servicios, papel que puede justificarse en base al principio de libertad de empresa y, en el caso de la educación, al principio de libertad ideológica.

A partir de estos tres axiomas Alexy construye su teoría del mínimo. Probablemente hay muchas otras razones por las que cabe

concluir, coincidiendo con Alexy, que la capacidad del Tribunal Constitucional para controlar el desarrollo legislativo de los derechos sociales sólo alcanza a controlar si la legislación se sitúa por debajo de un mínimo constitucionalmente inadmisible. Pero sería importante tener en cuenta que la capacidad de un Tribunal Constitucional para controlar si la legislación implementa adecuadamente los derechos a protección, organización y procedimiento tampoco alcanza más allá de un mínimo constitucionalmente inadmisible y, puesto que todos los derechos se traducen en derechos a protección, organización y procedimiento, ello significa que el control de constitucionalidad de las acciones normativas y fácticas del estado para satisfacer y proteger los derechos fundamentales es siempre necesariamente un control de mínimos.

Alexy termina sosteniendo, de un lado, que vinculación jurídica es igual a control judicial y, de otro lado, que los principios contienen exigencias normativas al legislador que van más allá de los límites de lo definitivamente debido, es decir, de lo jurídicamente vinculante (*Teoría*, págs. 500 y 501 y *Epílogo*, pág. 101). Ambas conclusiones me parecen perfectamente correctas pero en modo alguno aplicables exclusivamente a los derechos a prestaciones en sentido estricto, esto es, a los derechos económico-sociales. Respecto a es-

tos, como respecto a cualquier otro derecho fundamental, el control constitucional es un control restringido a lo jurídicamente vinculante, pero respecto a estos, como respecto a cualquier otro derecho fundamental, el legislador está sometido a un mandato de optimización[37].

5. Epílogo sobre el *Epílogo* y conclusiones

El *Epílogo* que Robert Alexy escribió para la edición inglesa de su teoría desarrolla, principalmente, una discusión sobre el alcance de la optimización y el papel de la ponderación con el propósito de responder a dos

---

[37] Esto es algo generalmente asumido, y reclamado, por los defensores de los derechos económico-sociales. Las conclusiones de Sandra Liebenberg son un buen ejemplo de ello y resultan, a este respecto, tan certeras como triviales. La mejor protección de los derechos económico-sociales –sostiene– requiere varios mecanismos: (a) la inclusión de estos derechos en la legislación y, preferiblemente, en la norma suprema, (b) políticas y legislación que les concedan efectos concretos ("comprehensive policies and legislation that give concrete effect to the rights"); (c) remedios accesibles y efectivos de carácter judicial y administrativo contra su violación y (d) instituciones nacionales apropiadas revestidas de poder para controlar e investigar su realización (S. Liebenberg, "The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems", cit., pág. 84). Lo único que cabe añadir, por última vez, es que exactamente lo mismo es lo que requiere la mejor protección de los derechos individuales, civiles y políticos.

críticas: la primera es que la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización les quita su característica fuerza deontológica y los deja en manos del legislador (objeción de Habermas); la segunda, que una interpretación expansiva de esta misma concepción priva de toda autonomía al legislador y da paso al estado jurisdiccional (objeción de Böckenförde) (*Epílogo*, págs. 14-20, donde denomina a estos argumentos como, respectivamente, "demasiado poco" y "demasiado").

Aparentemente no hay nada en este *Epílogo* que modifique explícitamente la concepción teórica de Alexy sobre los derechos económico-sociales. Me parece, sin embargo, que sí cabe observar alguna rectificación implícita y ella es la poca relevancia que ahora se concede, en el contexto de aquella doble discusión, a la distinción entre derechos a acciones negativas y derechos a acciones positivas. Ello no obstante, la contribución de Alexy al Seminario celebrado en Madrid en noviembre de 2004, que forma parte de este libro ("Sobre los derechos constitucionales a protección"), vuelve a centrarse en los derechos a acciones positivas. La justificación de Alexy para hacerlo así parece ser meramente argumental:

> La cuestión de si la expansión de los derechos constitucionales reduce o no la

> competencia del parlamento en grado inadmisible es por tanto una piedra de toque (…) Los derechos a la acción positiva del estado han sido un elemento central e indispensable de este desarrollo. Nuestro enfoque se centrará en ellos.

Pero deja nuevamente en la penumbra si para Alexy estos problemas son específicos de los derechos económico-sociales (los derechos a prestaciones en sentido estricto) o comunes a todo tipo de derechos lo que, de acuerdo con sus propios argumentos, cabría concluir.

La teoría de los derechos fundamentales de Alexy contiene, en mi opinión, todos los elementos necesarios para concluir, con Holmes y Sunstein, que "todos los derechos legalmente protegidos son necesariamente derechos a acciones positivas"[38]. Pero me parece que Alexy no llega a extraer todas las consecuencias que de ello se derivan. La principal es que hemos de abandonar la distinción histórico-ideológica entre derechos indi-

---

[38] S. Holmes y C. Sunstein, *The Cost of Rights*, cit., pág. 43. El texto original dice: "What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights". Traduzco "derechos a acciones positivas" porque el mero calificativo "positivos" se ofrecería a confusión en el uso castellano del término y, al mismo tiempo, la traducción resulta fiel al sentido original.

viduales, civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, del otro. La teoría de los derechos humanos ha de construirse, por el contrario, a partir de la combinación de dos entradas: por un lado, la distinción entre derechos-libertad, derechos-inmunidad, derechos-pretensión y derechos-potestad y, por el otro, la distinción entre las formas de satisfacción, protección y promoción de los derechos.

ALEXY Y LA ARITMÉTICA DE LA PONDERACIÓN*

José Juan Moreso

1.

En la teoría jurídica contemporánea la concepción más articulada de la ponderación, es decir, de la técnica consistente en resolver los conflictos entre principios que establecen derechos, es la de Robert Alexy[1]. La preten-

---

* Este texto es una versión revisada de la ponencia presentada en las Jornadas de Filosofía del Derecho: *La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, organizada por el Colegio de Registradores de la Propiedad los días 8 y 9 de noviembre de 2004. Quedo en deuda con el coordinador de las jornadas, Ricardo García Manrique, y con el Colegio de Registradores, por la invitación; quedo asímismo en deuda con las contribuciones en la misma sesión de Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado y agradezco especialmente los comentarios de réplica de Robert Alexy. También quiero agradecer las observaciones que Víctor Ferreres hizo a una primera versión de este trabajo.

[1] Véase su primera presentación en R. Alexy, *Teoría*, págs. 81-98. Los ulteriores desarrollos pueden hallarse en R. Alexy, *Epílogo*; R. Alexy, "Constitutional

sión de Alexy consiste en mostrar que la ponderación es un procedimiento racional de aplicación del derecho. Normalmente la aplicación del derecho se asocia con la operación conocida como subsunción. Subsumir un caso individual en una regla general equivale a establecer que un determinado caso individual es una instancia de un caso genérico al que una regla general correlaciona con una solución normativa determinada. Un caso genérico está definido mediante una propiedad o una combinación de propiedades. De este modo la regla, al correlacionar dicho caso genérico con una determinada solución normativa, realiza una selección de propiedades. Son relevantes las propiedades que la regla selecciona, el resto de propiedades de un caso individual determinado son irrelevantes. Si matar a otro con alevosía es un asesinato castigado con determinada pena, entonces las propiedades relevantes son el hecho de matar a otro y el hecho de hacerlo a traición y sobre seguro. Que el asesino llevara o no gafas o que la víctima fuera más alta o más baja son propiedades irrelevantes[2].

Rights, Balancing, and Rationality" (en *Ratio Juris*, 18, 2003, págs. 131-140) y R. Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison" (en *Ratio Juris*, 16, 2003, págs. 433-449). Véase también el texto de este libro, "Sobre los derechos constitucionales a protección".

Es posible, sin embargo, que exista otra norma jurídica aplicable que correlacione dicho caso con una solución normativa distinta e incompatible con la primera. Ahora bien, la diferencia, según Alexy, entre los conflictos de reglas y los conflictos de principios reside en que los conflictos de reglas se resuelven o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o bien declarando inválida, al menos, una de las reglas. Por ejemplo: hay una (al menos aparente) antinomia entre la norma del Código penal que obliga a los jueces a castigar a los homicidas y la norma penal que considera justificado el homicidio en legítima defensa. Algunos penalistas consideran que el problema se resuelve (la denominada teoría de los elementos negativos del tipo) considerando las causas de justificación como integrantes negativos de la descripción del tipo penal, es decir que las causas de justificación actúan, con arreglo a esta concepción, como excepciones. Hay casos, por otra parte, en que un conflicto entre una disposición de rango legal y otra de rango reglamentario se resuelve declarando simplemente la invalidez de la disposición de rango reglamentario.

---

[2] Sobre esta noción de relevancia puede verse C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Normative Systems* (Nueva York y Viena, Springer, 1971), cap. VI y R.M. Hare, *Essays in Ethical Theory* (Oxford, Oxford University Press, 1989), págs. 191-211.

Las colisiones entre principios han de ser resueltas, según Alexy, de modo distinto. Cuando dos principios entran en colisión (por ejemplo, porque el primero establece que una conducta determinada está prohibida y el segundo que está permitida) uno de los dos ha de ceder frente al otro. Pero esto no significa que uno de los dos principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio *precede* al otro. Es por esta razón que se afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente *peso* y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez.

2.

La dimensión de peso, entonces, configura el núcleo de la ponderación. Dicha operación forma parte de lo que es requerido por un principio más comprensivo: el principio de proporcionalidad. Este principio comprende tres subprincipios: a) el principio de adecuación, es decir, que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, b) el principio de necesidad, esto es, que el sacrificio impuesto sea necesario –que no exista otro menos lesivo– para preservar otro derecho o un bien consti-

tucionalmente protegido[3], y c) el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en donde la ponderación propiamente dicha ocupa su lugar, formulada en la denominada ley del balance: "cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"[4].

Según Alexy, la ponderación puede ser dividida en tres etapas. La primera etapa comporta el establecimiento del grado de no satisfacción del primer principio. La segunda etapa consiste en establecer el grado de satisfacción del principio en pugna con el primero. Finalmente, la tercera etapa evalúa si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la falta de satisfacción del

---

[3] Estas dos operaciones deben ser comprendidas como distintas en un sentido sólo heurístico y no conceptual. Quiero decir que, conceptualmente, si un medio A es necesario para obtener B también es adecuado. Ahora bien, según creo, hay que interpretar a Alexy en el sentido siguiente: en primer lugar, averiguamos si A se encuentra entre los medios adecuados para obtener B y, en segundo lugar, vemos si no existen medios menos lesivos que A de alcanzar B.

[4] Dos exposiciones breves y claras en R. Alexy, "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", cit., págs. 135-136; y L. Prieto Sanchís, "El juicio de ponderación" (en Id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, cap. 4), págs. 199-203.

primero. Podemos dividir el grado de afección a un derecho determinado en tres rangos: leve, medio y grave. Como es obvio, estos grados de afección son relativos al contexto establecido por el caso concreto. De ello resulta lo siguiente: las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empate, en donde –si entiendo bien la propuesta de Alexy– el legislador goza de discreción para afectar uno u otro derecho, lo que equivale a decir que, en los casos de empate, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas.

Entonces, en la fórmula más simple, el peso *concreto* de un principio *Pi* que colisiona con otro principio *Pj*, es decir, *Wi,j*, es el cociente que resulta de dividir la intensidad de la interferencia en el primer principio (*Ii*) por la intensidad de la hipotética interferencia sobre el segundo principio bajo el supuesto de que se omitiera la interferencia con el primero (*Ij*). Esta es, entonces, la fórmula:

$$Wi,j = Ii / Ij$$

En los casos en los que el valor es mayor que 1 el principio Pi precede a Pj; en los casos en que es menor que 1, Pj precede a Pi. El

empate se da cuando la división es igual a 1. Los valores numéricos pueden asignarse suponiendo que las interferencias leves equivalen a 2^0, las moderadas a 2^1 y las graves a 2^2.

Insisto en que se trata del peso concreto, es decir, de la precedencia de un principio sobre otro para un caso individual. Como Alexy afirma[5]: "Interferences are always concrete interferences" [las interferencias son siempre interferencias concretas]. Es posible añadir en la fórmula lo que Alexy denomina el peso abstracto de los principios, es decir la importancia en abstracto de un principio sobre otro, al margen de las circunstancias del caso concreto. Esto da como resultado la fórmula siguiente[6]:

$$Wi,j = Ii.\ Wi\ /\ Ij.\ Wj$$

Según Alexy, esta reconstrucción de la ponderación hace de ella una actividad controlable racionalmente. Mientras la subsunción es un esquema que trabaja con arreglo a las

---

[5] R. Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", cit., pág. 440.

[6] En realidad, Alexy añade otra complicación en la fórmula, de la que aquí prescindiré, relativa a la confiabilidad de las asunciones empíricas concernientes a las diversas interferencias en juego. R. Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", cit., págs. 446-448.

reglas de la lógica, la ponderación trabaja de acuerdo a las reglas de la aritmética.

3.

Voy a continuación a referirme a algunas dudas que esta reconstrucción de Alexy me plantea. Pero antes de referirme a ellas considero conveniente recordar la noción de principio de Alexy, como mandato de optimización[7]:

> El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. [notas omitidas]

Es importante retener esta idea de Alexy, puesto que en su concepción los principios ordenan maximizar, en el mayor grado posible, estados de cosas que juzgamos valiosos.

---

[7] R. Alexy, *Teoría*, pág. 86.

La primera duda que se me plantea es la siguiente: dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho constitucional, deberíamos tener una *escala de ordenación abstracta* de los derechos. No conozco ninguna escala de este tipo que pueda ser aceptada razonablemente. Al respecto Alexy sólo nos da una pista: que el derecho a la vida tiene mayor peso abstracto que la libertad general de actuar[8]. Se trata de una intuición plenamente aceptable, como es obvio, pero está muy lejos de ser ni siquiera el núcleo de una escala de ordenación de todos los derechos constitucionales. Sin esa escala, en cada caso concreto a enjuiciar se planteará de nuevo la cuestión del peso abstracto de cada principio en liza. Además, ¿cómo sabemos si por ejemplo la libertad de expresión e información tiene o no más peso abstracto que el derecho al honor? No creo que tenga mucho sentido preguntarnos si preferimos una sociedad con la máxima libertad de expresión y el mínimo derecho al honor o al revés, ni siquiera creo que tenga sentido preguntarnos si preferimos una sociedad con el máximo respeto a la vida de las personas pero sin ningún

---

[8] R. Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", cit., pág. 440.

respeto a la libertad de actuar, se trataría de algo así como si es preferible una sociedad de esclavos donde el homicidio está prohibido a una sociedad de hombres libres en la cual el homicidio estuviera permitido. En resumen, no es claro qué es lo que debería medir la supuesta escala abstracta de ordenación de los derechos constitucionales.

El segundo punto al que quiero referirme guarda relación con la distinción de Alexy entre interferencias leves, moderadas y graves en los principios constitucionales. Aquí estamos frente a una escala, pero ¿de qué depende la asignación de estos tres conceptos en un caso concreto? Quiero decir que, por ejemplo, mientras una interferencia determinada puede ser grave para la libertad de información de un determinado medio, puede ser en cambio leve para la libertad de información de esa sociedad. En los últimos años estamos asistiendo en España al crecimiento enorme de diversos medios (prensa, radio y televisión) de lo que se conoce como "información rosa o del corazón" que no tienen respeto alguno por la intimidad de algunas personas; pues bien, la limitación de la libertad de información a favor de la intimidad de las personas, representaría una interferencia grave para algunos de estos medios que, lamentablemente, no se dedican a otra cosa, pero leve –en mi opinión– para la libertad de

información en general. Sólo podemos construir escalas ordinales o cardinales cuando estamos en presencia de una propiedad claramente definida, como sucede con el test del rayado para la escala de los minerales: un mineral es más duro que otro si y sólo si el primero puede rayar al segundo y el segundo no puede rayar al primero. La dureza de los minerales nos permite de este modo construir una escala ordinal. No veo cómo podemos hacer lo mismo con la interferencia en los derechos constitucionales, dado que no estamos en posesión de nada semejante al test del rayado, ni siquiera somos capaces de delimitar con claridad de qué propiedad estamos hablando frente a la cual la interferencia pueda ser calificada de leve, moderada o grave. Y como hay varias propiedades que son candidatas plausibles a representar ese papel, podemos generar varias escalas, distintas entre sí. O, dicho de otro modo, sólo podemos construir una escala si estamos en posesión de conceptos métricos o, al menos, comparativos y en el ámbito de la ponderación entre derechos sólo disponemos de razones a favor y en contra, por lo tanto únicamente podemos generar conceptos clasificatorios.

La tercera y última duda que quiero plantear está relacionada con la insistencia de Alexy en que la operación de ponderación se refiere siempre a un caso individual. Lo que

conlleva una concepción que ha sido denominada una concepción *ad hoc* de la ponderación. Mientras la ponderación en abstracto es una ponderación definicional –es decir, una asignación de peso independiente de las circunstancias–, pero inconcluyente, puesto que de la fórmula de Alexy se deriva que un principio con mayor peso en abstracto puede ser derrotado en concreto por otro con menor peso en abstracto; la ponderación en concreto es siempre *ad hoc* y ello conlleva que "una sola característica peculiar puede justificar una solución diversa de aquella que se ha atribuido a un caso anterior"[9]. De este modo, se veda uno de los modos de control racional de las decisiones judiciales: aquel basado en la articulación de dicho tipo de decisiones. Es más, se sustituye un modelo generalista de toma de decisiones, por otro de carácter particularista, una sola propiedad diferente (y, como ha de resultar obvio, si dos casos individuales son diferentes entonces tienen al menos una propiedad diferente) puede comportar una solución diversa para el caso.

---

[9] C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003), págs. 188-189. Para la distinción entre ponderación definicional y ponderación *ad hoc* véase por ejemplo T. Alexander Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing" (en *Yale Law Journal*, 96, 1987, págs. 943-1005), pág. 948.

En mi opinión, estos tres problemas socavan gravemente el modelo de Alexy, puesto que no permiten ni prever lo que los órganos de aplicación del derecho decidirán en los casos de conflictos entre principios constitucionales que establecen derechos fundamentales, ni menos aún someter a crítica racional y articulada sus decisiones.

4.

¿Existe, entonces, alguna alternativa a la reconstrucción de Alexy de la ponderación o más bien hemos de abrazar la triste conclusión conforme a la cual la ponderación es una actividad no sujeta a control racional?

Creo que existe alguna alternativa que paso a explicar sumariamente[10]. Lo hago valiéndome de un ejemplo que Alexy ha usado en varias ocasiones (*BVerfGE* vol. 86,1,11): un caso de colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor en el cual la revista satírica *Titanic* había llamado "asesino nato"

[10] La he desarrollado previamente en J. J. Moreso, "Conflitti tra principi costituzionali" (en *Ragion Pratica*, 18, 2002, págs. 201-221) y "Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales" (en J. Betegón, F. Laporta, J. R. de Páramo, L. Prieto, eds., *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, págs. 473-489).

y, en otra edición posterior, "tullido" a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había logrado ser llamado de nuevo a filas para llevar a cabo unos ejercicios militares. El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista a pagar una indemnización de 12.000 marcos alemanes al oficial. La revista interpuso un recurso de amparo y, de acuerdo con la reconstrucción de Alexy, el Tribunal Constitucional consideró que mientras llamar al oficial "asesino nato" era una interferencia moderada o leve en su derecho al honor, porque este tipo de apelativos eran usuales en su estilo satírico, y en cambio la interferencia en la libertad de expresión se considera grave; llamar "tullido" a un parapléjico se considera una interferencia gravísima que derrota la interferencia grave en la libertad de expresión de la revista. O sea que por este segundo apelativo únicamente estimó el Tribunal el recurso de amparo.

En este caso se ponen de manifiesto los problemas que he señalado, creo, en la concepción de Alexy. En primer lugar, ¿cuál de los principios, la libertad de expresión y el derecho al honor, tiene mayor peso en abstracto? Nada nos dice al respecto Alexy y, de ello, tal vez haya que concluir que Alexy considera que tienen igual peso. Sin embargo, sólo una teoría plenamente articulada de los derechos nos permitiría alcanzar dicha con-

clusión y una teoría así está aún por construir. En segundo lugar, ¿por qué denominar al oficial "asesino nato" es una interferencia moderada o leve (y, es más, debería decirse si es moderada o es leve), mientras tildarle de "tullido" es gravísima (que, por cierto, no es una categoría presente en la clasificación de Alexy)? Y ¿por qué imponer una indemnización no muy alta, como en este caso, a los editores de la revista constituye una interferencia grave en la libertad de expresión? Alguien podría argüir, con perfecto sentido, que este tipo de expresiones puede ser evitado sin merma significativa de la libertad de expresión ni de la libertad de información. En tercer lugar, esta sentencia también muestra claramente la dificultad de establecer criterios generales con este método: en el caso de la expresión "asesino nato" la libertad de expresión precede al derecho al honor, en el caso de "tullido" ocurre lo contrario. ¿Qué sucederá, entonces, en otro supuesto de expresión denigratoria en el futuro? ¿Puede alguien decirlo con seguridad?

Por estas razones, creo que es mejor pensar en un modo de configurar la ponderación que la considera un paso previo a la subsunción. Una vía según la cual la ponderación es únicamente la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de princi-

pios –pautas con las condiciones de aplicación abiertas–[11], a reglas –pautas con las condiciones de aplicación clausuradas–, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado. Intentaré mostrar cuáles son las etapas de una operación de este tipo, tomando como ejemplo el caso *Titanic*[12].

La primera etapa consiste en la delimitación del problema normativo, de lo que Alchourrón y Bulygin han llamado el *universo del discurso*[13]. Delimitar claramente el ámbito del problema normativo que nos ocupa permite, principalmente, hacer el problema manejable: ya no nos referimos al conjunto de todas las acciones humanas posibles, sino sólo a un conjunto mucho más reducido de acciones humanas. En el caso *Titanic*, el

---

[11] Para esta noción de principios véase M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho* (Barcelona, Ariel, 1996), cap. 1.

[12] Las ideas aquí esbozadas transcurren cercanas al análisis de M. Atienza y J. Ruiz Manero, "Rules and Principles Revisited" (en *Associations*, 4, 2000, págs. 147-156) y a lo que se denomina función de coherencia en lo siguientes trabajos de S. Hurley, *Natural Reasons* (Oxford, Oxford University Press, 1989), cap. 12 y "Coherence, Hypotetical Cases, and Precedent" (en *Oxford Journal of Legal Studies*, 10, 1990, págs. 221-251).

[13] C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Normative Systems*, cit., cap. I.

universo del discurso podría ser el siguiente: acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas.

La segunda etapa consiste en la identificación de las pautas *prima facie* aplicables a este ámbito de acciones. Aquí obviamente son aplicables el principio que establece la libertad de expresión e información y el principio que protege el derecho al honor de las personas.

La tercera etapa consiste en la consideración de determinados casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, del ámbito normativo previamente seleccionado en la primera etapa. Los casos paradigmáticos tienen la función de constreñir el ámbito de reconstrucciones admisibles: sólo son admisibles aquellas reconstrucciones que reconstruyen los casos paradigmáticos adecuadamente[14]. Los casos paradigmáticos constituyen el trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual el razonamiento práctico tiene lugar. Es más, el debate

---

[14] Véase, para esta función de los casos paradigmáticos en el ámbito del razonamiento jurídico, R. Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986), pp. 255-257; S. Hurley, *Natural Reasons*, cit., pág. 212; y T. Endicott, "Herbert Hart and the Semantic Sting" (en *Legal Theory*, 4, 1998, págs. 283-301).

que existe, en España y en Alemania, acerca del significado de las cláusulas constitucionales que autorizan al legislador a desarrollar los derechos fundamentales con el límite del respeto a su *contenido esencial* tal vez pueda ser comprendido así: el legislador puede desarrollar legislativamente el contenido de un derecho siempre que dicha regulación no excluya del ejercicio del derecho los casos que juzgamos paradigmáticos. En el problema normativo delimitado en la primera etapa a modo de ejemplo, podríamos considerar como paradigmáticos casos como los siguientes: a) publicar la noticia falsa, sin comprobación alguna de su veracidad, de que el arzobispo de Barcelona está implicado en una trama de prostitución infantil es un ejemplo de un supuesto en el cual la libertad de información cede ante el derecho al honor y b) publicar la noticia verdadera de que, por ejemplo, un ministro del gobierno ha cobrado diez millones de euros de cierta empresa a cambio de la concesión para construir una autopista es un supuesto en el que la libertad de información desplaza al derecho al honor.

En la cuarta etapa se establecen las propiedades *relevantes* de ese universo del discurso. El establecimiento de las propiedades relevantes ha de hacer posible la determinación de las soluciones normativas. En nuestro supuesto son claramente relevantes las siguien-

tes propiedades: la relevancia pública de la noticia, que la noticia sea veraz (tal como ello es entendido por muchos altos tribunales, que sea verdadera o, si falsa, diligentemente contrastada)[15], y que la noticia no sea injuriosa.

La quinta y última etapa consiste en la formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso. Una regla, me parece que indiscutida, sería la siguiente:

> R1: Las informaciones de relevancia pública, veraces y no injuriosas están permitidas.

También indiscutida, creo, tendríamos una segunda regla:

> R2: Las informaciones que no son de relevancia pública o carecen de veracidad o

---

[15] Se trata de la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *New York Times v. Sullivan* 376 US 254 (1964), en donde se aplica el denominado "malice test": "knowledge of falsehood or reckless disregard for falsity", recogida por muchos tribunales constitucionales europeos. Para España (que, por otra parte, en el propio texto constitucional, en el art. 20.1 d) reconoce explícitamente el derecho a "comunicar o recibir libremente información veraz…") pueden verse, por ejemplo, las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: STC 6/1988, de 21 de enero, STC 40/1992, de 30 de marzo y STC 240/1992, de 21 de diciembre.

son injuriosas están prohibidas y, en el caso que se produzcan, generan un derecho a ser indemnizado.

Obviamente que las tres últimas etapas están íntimamente relacionadas entre sí. El establecimiento de las reglas debe ser controlado de acuerdo con su capacidad de reconstruir los casos paradigmáticos. La selección de las propiedades relevantes debe refinarse en la medida en que este objetivo no sea alcanzado y, a partir de una nueva selección, debe procederse a la formulación del conjunto de reglas que disciplinan dicho problema normativo.

Estas cinco etapas constituyen *un modo* de concebir la ponderación que lo hace compatible con la subsunción y con una limitada generalidad. Las reglas surgidas de una reconstrucción como la propuesta se aplican de modo subsuntivo y permiten articular y otorgar coherencia a la función judicial. Cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual de dicho ámbito normativo, resuelve con su reconstrucción todos los casos individuales de dicho ámbito. Y lo hace de manera compatible con que en otro caso individual perteneciente a ese ámbito, o bien debe seguir la reconstrucción llevada a cabo o debe mostrar una propiedad relevante, no apreciada previamente, que le permita resolver algu-

nos casos individuales de un modo diverso[16]. Creo que de este modo es posible el control racional de la función aplicadora del derecho.

La concepción aquí defendida adopta, como es obvio, lo que se ha denominado una estrategia *especificacionista* de reconstrucción de los derechos. Dicho en palabras de Russ Shafer-Landau[17]:

> When our rights appear to conflict with other moral considerations, including other rights, we may resolve the tension by reducing either the scope of the right, or its stringency. I have argued that the best resolution of such cases is to retain maximal stringency while reducing scope through the addition of exceptive clauses. [Cuando nuestros derechos entran en conflicto con otras consideraciones morales, incluyendo otros derechos, podemos resolver la tensión reduciendo tanto el alcance del derecho como su fuerza vinculante. He sostenido que la mejor forma

---

[16] Como es obvio esta operación representa el cambio de las reglas del sistema normativo y, por lo tanto, del sistema normativo aplicable. Sin embargo, este cambio es compatible con el hecho de que la solución de los casos realmente ocurridos en el pasado sea la misma para los dos sistemas normativos. Véase el desarrollo de esta idea en J. J. Moreso, "Conflitti tra principi costituzionali", citado.

[17] R. Shafer-Landau, "Specifying Absolute Rights" (en *Arizona Law Review*, 37, 1995, págs. 209-225), pág. 225.

de resolver tales casos es reteniendo la máxima fuerza vinculante y reduciendo el alcance a través de la adición de cláusulas de excepción].

Mientras la estrategia de Alexy, que podemos denominar proporcionalista, parece conservar –en abstracto– el alcance máximo de los derechos a costa de sacrificar su fuerza, es decir su capacidad de ser aplicados a los casos individuales; la estrategia especificacionista conserva íntegramente la fuerza de los derechos, sacrificando su alcance mediante las cláusulas que delimitan el contenido del derecho.

Es obvio que en muchos casos individuales la solución ofrecida por una y otra reconstrucción será la misma. No obstante, insistiré en aquello que las distingue. La concepción aquí defendida requiere que seamos capaces de establecer cuáles son las propiedades seleccionadas *relevantes*. Guiar el comportamiento es, en realidad, seleccionar propiedades a cuya presencia o ausencia se correlacionan diversas calificaciones deónticas. Obviamente que esta selección de propiedades no está en disposición de resolver todos los casos individuales, principalmente porque los conceptos que describen las propiedades son vagos y siempre quedarán casos de duda: ¿Es determinada expresión un *insulto* o no, como por

ejemplo llamar al oficial de la reserva "asesino nato" en el contexto satírico de la revista *Titanic*? Esta podría ser una forma de reconstruir la decisión del Tribunal Constitucional alemán con el esquema presentado. La ventaja, en mi opinión, es que el Tribunal en el futuro sólo ha de plantearse si determinada expresión es o no injuriosa y no el grado de interferencia de dicha expresión en la libertad de información.

Por otra parte, en la concepción especificacionista no hace falta la ponderación en abstracto, si por ella entendemos el peso de cada principio al margen de cualquier circunstancia. El derecho a la vida que parece un candidato a tener mayor peso, también está sujeto a especificación: en primer lugar, porque algunas veces el derecho a la vida de una persona entra en conflicto con el derecho a la vida de otra persona, pero también porque aunque el derecho a la vida genera un deber especial de, por ejemplo, los médicos para asistir a aquellos cuya vida corre peligro, dicho deber es exceptuado cuando la persona cuya vida corre peligro ha expresado seria y libremente su rechazo a determinado tratamiento (así las transfusiones de sangre) en virtud de sus convicciones religiosas.

Por último y más importante: el modelo proporcionalista de Alexy está abocado al

particularismo, en el sentido de que una propiedad diferente puede hacer que un nuevo caso tenga una solución distinta. El modelo especificacionista no está necesariamente vinculado con el particularismo, en un ámbito determinado y con determinados principios en liza, el modelo presentado es generalista y con él se resuelven todos los casos previamente delimitados.

5.

Voy a terminar con tres observaciones con las cuales confío en acotar adecuadamente el marco y el alcance de mi propuesta:

a) La estrategia especificacionista no promete ingenuamente una reconstrucción completa y consistente del universo definido por los derechos fundamentales. Tal vez esta noción pueda funcionar como ideal regulativo, al que podemos acercarnos en mayor o menor medida, pero los seres humanos no estamos en disposición de alcanzar dicho ideal. Tal vez ello no sea únicamente por razones epistémicas sino también por razones conceptuales: dado que hay infinitos modos de describir una acción individual, tal vez no podamos nunca delimitar todas las propiedades relevantes de un universo tan amplio.

b) Por esta razón, la estrategia especificacionista es también dependiente del contexto, pero no del contexto establecido por las circunstancias del caso concreto –como en el modelo de Alexy– sino del contexto delimitado por el universo del discurso escogido y por los principios considerados. Si cambiamos cualquiera de los dos elementos, las soluciones normativas pueden variar. Así, por ejemplo, no debemos suponer que las propiedades señaladas en el ejemplo, relevancia pública, veracidad y ausencia de expresiones injuriosas, hagan siempre vencer la libertad de información sobre cualquier otro derecho. Si la empresa editora de un periódico distribuye algunos ejemplares con polvo de ántrax, poniendo en grave riesgo la vida y la salud de algunos de sus lectores, entonces la libertad de información es desplazada. Pero lo es porque ahora entra en juego otro principio: el principio que protege la vida y la integridad física de las personas. Sin embargo, de este modo limitado, el modelo permite que el discurso de la aplicación del derecho esté sometido al control racional, puesto que permite la aplicación subsuntiva.

c) Para terminar, tal vez no sea ocioso señalar que, aún en un modelo especificacionista, hay lugar para la indeterminación. No porque se produzcan empates en el sentido de Alexy, sino por las dos siguientes

razones al menos: en primer lugar, como ya he recordado, por la vaguedad de los conceptos con los que representamos nuestras propiedades y, en segundo lugar, porque es posible imaginar supuestos en los cuales a partir de dos principios en conflicto se puedan generar dos o más reconstrucciones alternativas, las cuales, si bien resuelven de modo unívoco los casos paradigmáticos, representan diferencias significativas en otros casos y no hay, sin embargo, razones para elegir entre ellas.

EL JUICIO DE PONDERACIÓN Y SUS PARTES. UNA CRÍTICA.

Juan Antonio García Amado

Sumario:

1. Planteamiento.
2. Los subprincipios de la ponderación y las condiciones de su uso.

   2.1. Sobre el subprincipio de idoneidad. Análisis de la Sentencia *BVerfGE 19, 330 - Sachkundenachweis*.

   2.2. Sobre el subprincipio de necesidad. Análisis de la Sentencia *BVerfGE 95, 173 - Warnhinweise für Tabakerzeugnisse*.

   2.3. Sobre el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Análisis de la Sentencia *BVerfGE 86, 1 - TITANIC/"geb. Mörder*.

3. La esencial intercambiabilidad del método subsuntivo y el ponderativo.

   3.1. Decisión de conflicto de legalidad ordinaria presentada bajo forma subsuntiva.

   3.2. Decisión del *mismo* conflicto de legalidad ordinaria presentada bajo forma ponderativa.

   3.3. Decisión de conflicto entre derechos fundamentales presentada bajo forma subsuntiva.

   3.4. Decisión de conflicto entre derechos fundamentales presentada bajo forma ponderativa.

1. Planteamiento.

En este trabajo esbozaré varias tesis:

1. La ponderación (*Abwägung*), como método, no tiene autonomía, pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso.

2. Cuando los tribunales constitucionales dicen que ponderan siguen aplicando el tradicional método interpretativo/subsuntivo, pero cambiando en parte la terminología y con menor rigor argumentativo, pues dejan de argumentar sobre lo que verdaderamente guía sus decisiones: las razones y valoraciones que determinan sus elecciones interpretativas.

3. Si lo anterior es cierto, implica que no hay diferencias cualitativas y metodológicamente relevantes entre:

a. Reglas y principios.

b. Decisiones de casos constitucionales y casos de legislación ordinaria.

4. Todo esto implica que todo caso, tanto de legalidad ordinaria como constitucional, puede ser presentado, decidido y fundamentado como caso de conflicto entre principios

(incluso constitucionales) o de subsunción bajo reglas. Esto, más en concreto, quiere decir:

(i) Que todo caso de legalidad ordinaria puede ser transformado en caso de conflicto entre principios.

(ii) Que todo caso de los que deciden los tribunales constitucionales puede reconducirse a un problema de subsunción de hechos bajo (la referencia de) enunciados, con la necesaria mediación, por tanto, de la actividad interpretativa, es decir, de decisiones de atribución de significado (de entre los significados posibles).

No podré aquí fundamentar por extenso todas estas tesis entre sí ligadas. Algunas aparecerán sólo tangencialmente, aunque todas subyacen a lo que en este trabajo sostendré.

El método que emplearé será el siguiente. Tomaré tres de las sentencias alemanas que Alexy en el *Epílogo* a la traducción inglesa de su *Teoría de los derechos fundamentales* (y en otros varios trabajos; pero aquí me centraré sólo en el *Epílogo*) usa como muestras de aplicación clara y buen funcionamiento del principio de proporcionalidad (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*), con sus tres subprincipios, idoneidad, necesidad y pro-

porcionalidad en sentido estricto (*Geeignigkeit, Erforderlichkeit, Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*). Con el análisis detallado del razonamiento contenido en esas tres sentencias trato de poner de relieve que dichos tres principios carecen de autonomía operativa y son, al menos en cierto sentido, triviales o prescindibles, pues las magnitudes sobre las que se aplican (lo que se "pesa") o el resultado de su aplicación (el "peso" resultante) está decisivamente condicionado por las *interpretaciones* previas que de las normas que vengan al caso haya hecho el Tribunal, y, con ello, por las contingentes valoraciones o preferencias del Tribunal. En otras palabras, un tanto simplificadoras: es la conciencia valorativa del Tribunal, su ideología, lo que determina tanto qué es lo que en concreto se ha de pesar, de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de ese pesaje o ponderación.

2. Los subprincipios de la ponderación y las condiciones de su uso

2.1. Sobre el subprincipio de idoneidad. Análisis de la Sentencia *BVerfGE 19, 330 -Sachkundenachweis*.

Sostendremos que en los casos de ponderación lo decisivo es la interpretación previa de

las normas concurrentes y que la operación ponderativa es sólo el tramo final y más irrelevante.

Esta sentencia la toma Alexy como ejemplo claro del funcionamiento del subprincipio de idoneidad. Recordemos que este subprincipio de idoneidad determina que la limitación de un derecho fundamental (u otro principio constitucional) sólo es constitucionalmente admisible si efectivamente, fácticamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental (u otro principio constitucional).

La exposición del caso es sencilla y podemos hacerla en las palabras mismas de Alexy[1]:

> Un peluquero había colocado una máquina de tabaco en su establecimiento sin contar con un permiso explícito de la Administración. A consecuencia de ello, un funcionario administrativo le impuso una multa por quebrantar la ley de comercio al pormenor. Esta ley exigía un permiso, que sólo podía ser otorgado si el solicitante demostraba el "conocimiento técnico profesional indispensable" para ejercer la actividad comercial de que se tratara. Esta circunstancia podía acreditarse mediante la prueba de la formación como comerciante o de la práctica de muchos años en un establecimiento de co-

[1] *Epílogo*, págs. 39-40.

> mercio, o mediante un examen especial, en el que se demostraran los conocimientos como comerciante. El peluquero buscó protección jurídica ante los tribunales. El Tribunal Superior de Saarbrücken, que se ocupó del asunto en segunda instancia, consideró inconstitucional la exigencia de probar los conocimientos técnicos comerciales para el mero hecho de instalar una máquina de tabaco y planteó la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal. Este alto Tribunal llegó a la decisión de que la exigencia de probar los conocimientos técnicos específicos para el comercio de mercancías, es decir, también para el comercio mediante una máquina de tabaco, vulneraba la libertad de profesión y oficio, garantizada por el art. 12.1 LF [Ley Fundamental de Bonn, Constitución Alemana].

A esta presentación de los hechos conviene tal vez hacerle algunos añadidos. Por un lado, interesa saber que el lugar donde el peluquero instala la máquina de tabaco es su casa, según dice la misma sentencia. Nada se dice, en cambio, sobre si era en su casa donde tenía instalada la peluquería y donde, por tanto, ejercía su profesión de peluquero. Sí sabemos que, aparte de la sanción administrativa que en el caso se discute, sufrió el peluquero una pequeña sanción penal por el hecho de que tal instalación de la máquina en su casa atentaba contra las normas urbanísticas vigentes. Por último, merece la pena destacar que la ley

sobre tráfico al por menor expresamente establecía que los mencionados requisitos se aplicaban también al comercio mediante máquinas automáticas. Dicha ley disponía exigencias especiales de capacitación para la venta de alimentos y productos farmacéuticos y sanitarios, y otras exigencias para la venta al por menor de cualquier otro tipo de mercancías. Son estas últimas exigencias las que antes se han descrito y las que vienen al caso que examinamos.

Alexy aprueba la sentencia y la presenta como caso prototípico de aplicación del subprincipio de idoneidad, que habría sido aquí el decisivo[2]. Gracias a la operatividad de

---

[2] Según Alexy, la fundamentación dada por el Tribunal "se apoyó básicamente en que, en el caso del establecimiento en donde se había instalado la máquina de tabaco, la prueba de conocimientos comerciales específicos no era idónea para proteger a los consumidores de daños económicos o de daños para la salud" (ibid.). Es de este mismo modo como la propia sentencia presenta la *ratio* del fallo. Prosigue Alexy: "En consecuencia, esta medida resultaba prohibida por el principio de idoneidad y vulneraba por tanto el derecho fundamental a la libertad de profesión y oficio" (ibid.). Se apoya ahí para explicar con claridad cómo funciona el principio de idoneidad: "Hay dos principios en juego: el de libertad de profesión y oficio (P1) y el de protección de los consumidores (P2). Debido a la falta de idoneidad, el medio adoptado M, o sea, la prueba de conocimientos técnicos, no está en condiciones de favorecer al principio P2 y, sin embargo, sí impide la realización del principio P1. En esta situa-

dicho principio la solución dada por el Tribunal a este caso sería poco menos que evidente, de racionalidad difícilmente discutible. Pues bien, lo que aquí pretendo, al hilo de la exposición detallada de los argumentos de la sentencia, no es manifestar abierto desacuerdo con el contenido de tal fallo, sino mostrar que tal fallo es tan racional como podría haberlo sido su contrario, que también podría haber estado respaldado por argumentos altamente convincentes. Y ello por una razón principal, que es la hipótesis que quiero poner a prueba aquí: *el principio de idoneidad sólo opera, y opera bien, cuando se ha predecidido entre qué dos derechos o principios tiene lugar el conflicto que en el caso se dirime*. Y es tal predecisión la que *predetermina el resultado final de la aplicación del principio de idoneidad*. Pero esa predecisión es una opción valorativa que toma el intérprete, el Tribunal en este caso, no algo que se siga casi nunca con plena evidencia y de modo indiscutible. Poner a competir a P^1 con P^2 en lugar de con P^3 o P^n es una *decisión* del tribunal, que casi siempre aparece justificada mediante un razonamiento que tiene como principal fin eliminar a P^3… P^n como posibles competido-

---

ción, si se omite M, no se originan costes ni para P2 ni para P1 y, en cambio, si se adopta M sí resultan costes para P1. Si se renuncia a M, en conjunto P1 y P2 pueden realizarse en su mayor medida, de acuerdo con las posibilidades fácticas" (ibid, pp. 27-28).

res o contrapesos de P^1 en el caso. Veremos cómo ocurre tal cosa al ir analizando esta sentencia. Pero antes ilustremos de modo muy simple y esquemático esto que estamos diciendo.

Hay un caso C en el que se cuestiona una norma N que limita el principio P^1. El principio de idoneidad, como subprincipio del principio de proporcionalidad, establece que N sólo será constitucional si la limitación de P^1 se puede justificar porque N reporta un beneficio[3] a algún otro principio $P^2 \ldots P^n$. Imaginemos que existen dos principios (P^2 y P^3) que pueden razonablemente invocarse como candidatos a recibir ese beneficio derivado de la limitación de P^1 por N. Con fines puramente expositivos y esquemáticos, representaremos el beneficio que para un P se sigue de la limitación de otro P mediante la siguiente fórmula, en la que x se sustituirá en cada caso por una magnitud numérica:

$$bP^{+x}$$

Ahora apliquemos en nuestro ejemplo magnitudes al respectivo beneficio que para P^2 y

---

[3] Como sabemos, que ese beneficio para P^2 tenga que ser igual o mayor que la limitación que se hace a P^1 es una exigencia que ya no pertenece al subprincipio de idoneidad, sino al de proporcionalidad en sentido estricto, tercer subprincipio del principio de proporcionalidad.

P^3 se deriva de la limiación de P^1, y pongamos que el resultado queda así:

$bP^{2(+0)}$

$bP^{3(+1)}$

Es decir, que de la limitación de P^1 en N se deriva un beneficio de $+0$ (ningún beneficio) para P^2 y un beneficio de $+1$ para P^3.

Aplicando el principio de idoneidad, el resultado sería que N es constitucional si se estima que el fin que persigue al limitar P^1 es favorecer P^3. En cambio, N no sería constitucional si se estima que el fin que persigue es favorecer P^2.

Y ahora viene la pregunta crucial: ¿de qué depende nuestra opinión de que N tiene su razón de ser en beneficiar a P^2 o a P^3? La respuesta me parece clara: *de la interpretación que hagamos de N*. Y bien claro es también que la interpretación que aquí dirime es una interpretación *teleológica*.

Si todo esto es cierto, tendríamos que la aplicación del subprincipio de idoneidad nos parece sumamente racional, en casos como el de esta sentencia, porque dicha aplicación es *trivial*. Quiero decir con esto que la verdadera sustancia de la discusión jurídica del caso no

está en la conclusión sobre si una norma que limita un principio beneficia a otro determinado principio. No. La verdadera clave está en determinar cuáles son los principios que se comparan, y muy especialmente cuál es el principio cuyo beneficio se considera que es el fin justificatorio de la norma. *Porque si cambiamos la interpretación teleológica de esa norma, podremos cambiar también el principio de comparación (P^3… P^n) y con ello, puede cambiar completamente el resultado del juicio de idoneidad*. Así que la clave argumentativa más importante no se halla en los enunciados de la sentencia mediante los que se muestra que P^2 se beneficia o no se beneficia con la limitación de P^1 por N. *La clave está en lo que "pesen" las razones por las que se establece que el candidato a medirse con P^1 es P^2 y no P^3 o P^n. Y esas razones son razones interpretativas*, muy ligadas al establecimiento de la *ratio* de N.

Aplicado al caso de esta sentencia, aceptemos que es convincente el juicio del Tribunal (aplaudido por Alexy) de que la limitación que para la libertad profesional establece la norma discutida no reporta ningún beneficio para el otro principio tomado en cuenta como contrapeso, el principio de protección de los consumidores. ¿Pero es igual de convincente la asunción de que es éste y no ningún otro el principio de contrapeso, el que debe tener

algún beneficio como consecuencia de aquella limitación de la libertad profesional? Veremos que todo el esfuerzo del Tribunal se concentra en dar argumentos para descartar otros candidatos a principios de contrapeso. Esa es la clave argumentativa y sustancial de la sentencia, no la aplicación, poco menos que automática y trivial, del subprincipio de ideoneidad. Y llegamos así a lo esencial: el fallo será tanto más convincente cuanto más convincentes sean esos argumentos mediante los que el tribunal justifica el descarte de otros posibles candidatos a principio de contrapeso. Y si esta sentencia parece convincente, o al menos no carente por completo de fuerza de convicción, es gracias a tales argumentos, no al acierto en la aplicación del subprincipio de idoneidad.

En suma llegamos de nuevo a la *tesis* que venimos sosteniendo: que *en los casos de ponderación lo decisivo es la interpretación previa de las normas concurrentes y que la operación ponderativa es sólo el tramo final y más irrelevante*[4].

---

[4] Sería muy interesante entrar en una comparación a fondo de las analogías estructurales entre la actual doctrina de la ponderación constitucional y la doctrina decimonónica de la subsunción. Avanzo dos hipótesis provisionales. Tanto aquella insistencia en el carácter meramente subsuntivo de la decisión como ésta de ahora en el carácter meramente ponderativo de la decisión

Analicemos ahora los pasos de la sentencia.

Como ya sabemos, el Tribunal falló que la norma en discusión es inconstitucional porque atenta contra el derecho de libre ejercicio de profesión y oficio (art. 12.1 LF). La razón sería que dicha norma no reporta, a cambio, ningún beneficio para la protección de los consumidores, ni como protección de su salud

---

cumplen la función de dejar en la oscuridad la operación más determinante, la interpretación de las normas (también, en muchas ocasiones, su elección); y ambas doctrinas comparten la fe en haber encontrado un procedimiento formal o cuasiformal que sustraiga a la decisión jurídica de las contingentes valoraciones de los tribunales. Entonces se pensaba que el carácter silogístico del razonamiento jurídico hacía primar la objetividad formal sobre la aleatoriedad de las valoraciones, y hoy los llamados neoconstitucionalistas piensan que la existencia de reglas de la ponderación dota de una cierta objetividad a las decisiones de los tribunales (al menos a las decisiones en que la ponderación se aplica, aquéllas que deciden casos de conflicto entre principios, ¿pero no es perfectamente posible reconducir cualquier conflicto jurídico a un conflicto entre principios?). Por eso ninguno de esos neoconstitucionalistas insiste hoy ni lo más mínimo en que las decisiones de los tribunales constitucionales dependan de los valores o las ideologías dominantes en cada caso entre sus miembros. Y por eso también es ésta de la ponderación la doctrina que con más entusiasmo acogen los propios tribunales constitucionales, pues es la única que hoy aún puede dotar de apariencia de objetividad a sus decisiones y, de paso, justificar el creciente y universal activismo y casuismo de las tales Tribunales, siempre en detrimento del legislador.

ni como protección de su economía. Vayamos desgranando los argumentos del Tribunal.

— El derecho al libre ejercicio profesional debe ser interpretado como vinculado al principio de libre desarrollo de la personalidad. Ello obliga, según el Tribunal, a que toda limitación que de tal derecho se haga en nombre del interés público deba estar estrictamente sometida al principio de proporcionalidad. Ya ha aparecido la primera mención del principio de proporcionalidad, con lo que ya se insinúa que estamos en los terrenos de la ponderación. Pero ¿no es lo mismo que decir -en terminología más tradicional- que la gran importancia de aquel derecho fundamental fuerza a que deba interpretarse restrictivamente toda norma que lo limite, incluidos otros derechos fundamentales o principios que puedan entrar en colisión con él?[5] Pero el Tribu-

[5] Es interesante reparar en la frase exacta del Tribunal: "La interpretación de este precepto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se orienta por el principio de que, por razón del especial rango de este derecho fundamental, el cual se halla en estrecha relación con el de libre desarrollo de la personalidad, todas sus inevitables limitaciones basadas en el interés colectivo deben quedar sometidas al estricto respeto del principio de proporcionalidad" ("Die Auslegung dieser Bestimmung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts is an dem Grundgedanken orientiert, dass im Hinblick auf den besonderen Rang gerade dieses Grundrechts, der in seinem engen Zusammenhang mit der freien Entwicklung

nal sigue hablando el lenguaje de la ponderación y dice que las limitaciones de este derecho no pueden ir más allá de lo que exija el interés general que las legitima, por lo que los medios empleados deben ser apropiados para ese fin de interés general y no deben ser desproporcionados[6].

Estas últimas afirmaciones pueden suscitar dos preguntas. ¿Acaso hay alguna limitación de un derecho fundamental que pueda ir más allá del interés que la legitima? Y, sobre todo, ¿sólo un interés general puede servir como legitimación de la limitación del derecho a la libertad profesional? Se nos dirá que son fórmulas habituales de la retórica judicial y que no tiene sentido pararse en tales minucias. Pero no es así, pues esta inmediata reconducción al interés general, como único

---

der menschlichen Persönlichkeit im ganzen begründet liegt, die aus Gründen des Gemeinwohls unumgänglichen Einschränkungen unter dem gebot strikter Wahrung des Prinzips der Verhältnismässigkeit stehen").

[6] "Las limitaciones de la libertad prifesional no pueden, por tanto, ir más allá de lo que exijan los intereses públicos que las legitimen. La medida limitadora ha de ser apropiada para la consecución del fin propuesto y no puede ser desproporcionadamente dañosa" ("Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen deshalb nicht weiter gehen, als die sie legitimierenden öffentlichen Interessen erfordern; die Eingriffsmittel müssen zur Erreichung der angestrebten Zwecke geegnet und dürfen nicht übermässig belastend sein").

posible interés legitimatorio de la limitación, ya predetermina, sin justificación expresa, una parte del resultado, pues deja fuera de juego todo posible interés individual o grupal como contrapeso admisible. ¿Acaso no cabe imaginar, aunque sólo sea como hipótesis no descabellada y merecedora de análisis, que la norma en cuestión tenga como fin salvaguardar o proteger de alguna manera los derechos de otros vendedores[7], o los derechos de los vecinos de la casa del peluquero, etc., etc.? Ya hemos asistido, como se ve, a una primera selección de los candidatos posibles a principio de contrapeso, y tal selección se ha hecho tácitamente, sin argumentación expresa.

— La exigencia de la ley de comercio al por menor consiste en establecer un requisito subjetivo para el acceso a la condición de comerciante, pues sólo se permite tal acceso a quien tenga determinada experiencia o acredite ciertos conocimientos. Ello supone poner una traba o dificultad al ejercicio profesional[8].

---

[7] Por ejemplo, el derecho al ejercicio profesional del dueño del estanco de abajo, que tiene todos sus papeles en regla, paga sus impuestos como vendedor de tabaco, etc.

[8] ¿Es una traba al ejercicio de una profesión el exigir que se acredite la "profesionalidad" necesaria para ejercerla, es decir, que se poseen las condiciones requeridas para su buen desempeño? ¿Se diría lo mismo de la

— Al establecer tal exigencia la ley no distingue entre los distintos tipos de mercancías a cuya venta el sujeto pueda dedicarse, y se establece por tanto, el mismo requisito (la misma experiencia o el mismo examen) para todas (a excepción, como sabemos, de los alimentos y los productos farmacéuticos, con requisitos especiales).

— La finalidad de la ley de ventas al por menor es ordenar el ejercicio profesional de la venta al pormenor. Más en concreto, su meta es que aumenten las prestaciones de la venta al pormenor. Además, la ley quiere impedir "que una ilimitada libertad de acceso convierta el comercio al por menor en un refugio o un lugar para que prueben suerte personas vivas y sin escrúpulos"[9]. Con ello también se contribuirá a la protección de los consumidores, según repetidamente se insistió en los debates parlamentarios sobre la ley.

— Esas consideraciones del legislador no bastan para justificar las exigencias que la ley establece para el ejercicio profesional de los vendedores. Y ello, según el Tribunal, por las siguientes razones:

---

exigencia de que quien quiera ejercer como fontanero o ingeniero muestre un título y/o supere algún examen?

[9] Aquí está citando el Tribunal un informe oficial.

a) Tales exigencias no aportan una verdadera protección a los consumidores, ni desde el punto de vista de la salud ni desde el punto de vista económico. No aportan nada a la protección de la salud porque el vendedor generalmente no manipula los objetos que vende (no se olvide que la venta de alimentos y fármacos tiene regulación especial, que aquí no se discute). Beneficio económico para el consumidor podría haber si se procurara que no se vendieran mercancías defectuosas, que hubieran estado mal almacenadas o sobre las que no se asesora convenientemente al comprador. Pero para que esto pudiera alcanzarse sería preciso que la ley exigiera conocimientos específicos para cada rama de la venta al por menor, lo que no sucede.

b) Puede pensarse que el interés que se quiere proteger es el del sector profesional (*Berufstand*), con el fin de velar por su imagen o sus rendimientos. Pero el Tribunal descarta tal posibilidad como justificación, pues en la persecución de ese objetivo –en sí legítimo– el legislador habría rebasado los límites del principio de proporcionalidad. ¿Por qué? Porque la ley no discierne entre los distintos conocimientos que pueden ser necesarios o convenientes en cada rama del comercio al pormenor. Y, en particular, no tiene en cuenta que para la venta mediante máquinas

automáticas no hacen falta especiales conocimientos comerciales[10].

c) Un vendedor sin los conocimientos necesarios acabaría perjudicando a su negocio, por lo que él es el principal interesado en conseguir esa buena formación que le lleve al éxito profesional. Así que ya se procurará él esos conocimientos por la cuenta que le tiene, y sin necesidad de que la ley se lo imponga; si no, él será quien cargue con las consecuencias No puede invocarse el interés de los consumidores, dice el Tribunal, como razón para imponer al vendedor unas capacidades cuya ausencia sólo le perjudicará a él[11].

---

[10] No es mi objetivo aquí criticar o descalificar la sentencia, cuyo fallo he dicho que me parece perfectamente admisible. Sin embargo, puede merecer la pena reparar en lo convincente o no de los argumentos que emplea. Respecto de este último podríamos preguntarnos: ¿acaso quien vende tabaco mediante una máquina automática no determina la calidad del producto que ofrece, su posible carácter defectuoso o no, el modo de su almacenamiento previo, el tratamiento que se le da o la manera como se manejan los paquetes, etc., etc? No podemos pensar, por ejemplo, que si es incompetente ese vendedor, el consumidor obtendrá a menudo de la máquina paquetes de tabaco con cigarrillos rotos, húmedos, viejos, resecos, etc.?

[11] Otra pregunta se impone aquí: ¿Y qué pasa con los consumidores que sean víctimas de la torpeza o inexperiencia de ese vendedor antes de que quiebre o aprenda a llevar bien su negocio? Curiosísimo razonamiento cuando parecía que lo único que preocupa al Tribunal es si hay o no protección del consumidor.

d) A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con los artesanos, no cabe hablar de un interés común de los vendedores al por menor en mejorar sus capacidades y rendimientos (*Leistungsfähigkeiten*), dada la enorme diversidad de ramas y modos de actividad que encierra la venta al por menor. La ausencia de ese interés común hace que no pueda justificarse en el beneficio para él la limitación del derecho al libre ejercicio profesional.

Analicemos conjuntamente lo dicho en estos últimos párrafos. En ellos hemos visto que el legislador expresamente mencionaba unos fines queridos por el legislador (que la venta al por menor no sea refugio para buscadores de suerte más o menos desaprensivos y que las prestaciones sean las mejores; de resultas de esos fines también mejoraría la protección del consumidor). Pues bien el Tribunal pasa a fin principal ese último, que para el legislador era meramente un fin derivado, no argumenta nada sobre si una venta al por menor mejor ordenada repercutirá en mejor situación para los consumidores, pasa completamente por alto el asunto de impedir el acceso a posibles "aventureros" y acaba por señalar que si un vendedor es incompetente peor para él, pues no perjudicará al consumidor, sino a sí mismo. Bien claro queda, me parece, que esta batalla retórica está ocurriendo en el nivel de la interpretación teleológica, que ahí el Tribu-

nal procura llevar la interpretación de la norma al fin que para ella quiere atribuirle, la protección de los consumidores, y que ese propósito va unido al deseo de mostrar que la norma no sirve en modo alguno[12] para alcanzar ese fin.

En resumen, lo que el Tribunal ha hecho es una interpretación teleológica de la norma, a tenor de la cual dicha norma no puede tener racionalmente más que un fin, la protección de los consumidores, protección amparada por un principio constitucional. Como, según el Tribunal, dicho fin no se realiza *ni en el más mínimo grado* con las medidas dispuestas por la norma (es decir, como la norma es totalmente ineficaz para su fin[13]), dicho fin no puede servir como justificación de la limitación del derecho al libre ejercicio profesional. En otros términos, como la norma no es

---

[12] No olvidemos que no estamos ante el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, sino ante el de idoneidad. Este último tiene que ser positivo sólo con que para la protección de los consumidores se siguiera *algún* beneficio de las medidas prescritas por la norma, aunque fuera mínimo. Y para que no pase la norma el juicio de idoneidad el Tribunal tiene que esforzarse en demostrar que no hay ni el más mínimo beneficio para ese fin. Y es lo que está haciendo, como vemos.

[13] Insisto, si se reconoce a la norma algún grado de eficacia en el logro de ese fin, que es un fin amparado por un principio constitucional, la norma pasaría el test de idoneidad.

idónea para reportarle ningún beneficio al principio de protección de los consumidores, es inconstitucional por su limitación del mencionado derecho. Ha recaído juicio negativo de ideoneidad.

Pero *ese juicio será convincente sólo si son convincentes las premisas en que se asienta*: (i) que la norma no puede ser teleológicamente interpretada asignándole un fin distinto (o complementario) que sirva también a un principio constitucional. Y (ii) que es verdad que en *nada* mejora con esa norma la protección de los consumidores.

A mí lo segundo me parece sumamente dudoso y lo primero bastante discutible. Y si tales dudas son mínimamente fundadas, fundada queda la tesis que queríamos defender: que el juicio de idoneidad es totalmente tributario de la previa interpretación de la norma cuestionada, y ello en un doble sentido: (i) tributario del fin que, de entre los posibles, se asigne en concreto a la norma; y (ii) tributario de la prospección o cálculo que se haga de las consecuencias que la aplicación de la norma puede tener en relación con ese fin.

Si dejamos fuera de nuestro campo de atención todo esto y atendemos sólo al juicio final de idoneidad, dando por buenas sin discusión, como si fueran perfectamente evi-

dentes, las premisas de dicho juicio, dejamos de atender a lo esencial y miramos sólo a lo secundario. Igual que hacían los formalistas ingenuos del siglo XIX. La diferencia sería sólo de lenguaje: aquéllos entendían la decisión jurídica como cálculo o mero silogismo; hoy los partidarios de la doctrina de la ponderación la entienden (al menos en los casos de conflicto entre principios) como puro pesaje, como medición. Unos y otros abominan de la interpretación y sus incertidumbres.

2.2. Sobre el subprincipio de necesidad. Análisis de la Sentencia *BVerfGE 95, 173 - Warnhinweise für Tabakerzeugnisse*.

En este apartado defenderé que el uso del subprincipio de necesidad está condicionado por la voluntad o capacidad del juzgador para introducir alternativas de análisis comparativo entre derechos positiva y negativamente afectados por la acción normativa que se enjuicia.

Veamos el caso de esta sentencia.

Varias industrias que fabrican y distribuyen cigarrillos y tabaco en diversos formatos recurren al Tribunal Constitucional Alemán solicitando que se anule la normativa que las obligaba a estampar en los paquetes de ciga-

rrillos o de tabaco de liar las inscripciones siguientes. Por un lado, "Los Ministros de la Comunidad Europea: fumar es peligroso para la salud"; por otro, una de estas dos leyendas: "fumar provoca cáncer" o "fumar provoca enfermedades cardiovasculares". Dicha normativa, toda ella trasposición de directivas europeas, regula también el tamaño de dichas inscripciones, el tipo de fondo sobre el que han de figurar, etc.

Las industrias recurrentes alegan que se vulneran principalmente tres de sus derechos fundamentales: libertad de expresión, libertad de empresa y ejercicio profesional y propiedad. El Tribunal rechazará sus argumentos y considerará que no hay tales vulneraciones y que, en consecuencia, tal normativa es perfectamente constitucional.

Alexy invoca en el *Epílogo* esta sentencia como ejemplo del funcionamiento de la regla de proporcionalidad en sentido estricto y lo ve como un supuesto de aplicación perfectamente clara y evidente de tal regla y, por tanto, de resultado evidente y poco menos que indiscutible. Esto es lo que dice[14]:

Es posible encontrar algunos ejemplos fáciles en los que resulta plausible formular juicios racionales sobre las intensidades de las

[14] *Epílogo*, págs. 50-51.

intervenciones en los derechos fundamentales y sobre los grados de realización de los principios, de tal modo que mediante la ponderación pueda establecerse un resultado de forma racional. Así ocurre con el deber de los productores de tabaco de colocar en sus productos advertencias sobre el peligro para la salud que implica el fumar, lo que constituye una intervención relativamente leve en la libertad de profesión y oficio. Por el contrario, una prohibición total de cualquier tipo de productos del tabaco debería ser catalogada como una intervención grave.

Visto así parece de lo más convincente y obvio[15], pero sólo si no caemos en la cuenta de que puede haber alternativas para conseguir el mismo grado de protección de la salud de los consumidores que acarreen aún menor limitación de los derechos de los fabricantes, o incluso ninguna limitación, con lo cual dejaría de ser procedente la aplicación de la regla de proporcionalidad en sentido estricto,

---

[15] De hecho, Alexy añade unas líneas más adelante que "fijados así la intensidad de la intervención como leve y el grado de importancia de la razón que justifica la intervención como grave, es fácil derivar el resultado. La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve". Y llega a afirmar que "este resultado, al que se llega en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, no es sólo un resultado plausible…, puede ser catalogado como un resultado «evidente»".

ya que habríamos mostrado que no se cumple una condición previa: la regla de *necesidad*. Y patente quedará entonces que también la aplicación de la regla de necesidad queda al albur de las alternativas de intervención en los derechos fundamentales que el juzgador quiera plantearse; es decir, que una limitación de un derecho fundamental resulta que se juzga justificada por la regla de necesidad cuando el juez no se plantea, no incluye en su análisis, opciones menos dañosas para ese derecho, pudiendo haberlas. Veremos todo esto con calma a lo largo de este análisis de esta sentencia.

Lo que nos proponemos hacer aquí, al analizar la sentencia, es mostrar que no hay tal carácter indiscutible ni tal evidencia y que, por tanto, hasta en casos como éste, supuestamente fáciles, la llamada ponderación no es sino una valoración que puede ser tan aceptable o inaceptable como su contraria, pues no goza de más ventaja que una ventaja que no es epistémica, sino práctica: es la valoración preferida por el Tribunal. En otros términos, la relación entre dos magnitudes, m^1 y m^2, que un sujeto S considera perfectamente proporcionada, otro sujeto S´ puede verla como clarísimamente desproporcionada. Todo depende de dos factores: i) la valoración que S y S´ hagan[16] de m^1 y m^2; ii) las alternativas que sepan o quieran plantearse a la hora de orga-

nizar la interrelación entre m^1 y m^2. Veremos cómo es posible presentar una alternativa protectora de m^1 como la menos dañosa para m^2 de todas las posibles y cómo ese juicio está condicionado no sólo por la *valoración* de la importancia del daño, sino también por la capacidad o voluntad para introducir el análisis de otras alternativas, también posibles.

En resumen, que si mostramos que ni siquiera funciona la ponderación como vía para establecer "un resultado de forma racional" en estos casos que Alexy considera fáciles, estaremos poniendo de relieve que no puede haber tal funcionamiento fácil y racional, evidente, en ningún caso.

---

[16] No debería ser necesario pararse en buscar ejemplos, pero hagámoslo. Pensemos en un conflicto entre libertad religiosa y principio de aconfesionalidad (o de laicidad) del estado, conflicto surgido a raíz de la prohibición de que los estudiantes de las escuelas públicas acudan a clase con velo, o con crucifijos al cuello. Para unos la manifestación de la propia fe tiene que poder contar infinitamente más que cualquier criterio de organización de lo público; para otros las reglas de la convivencia pública deben imperar sobre las cuestiones de fe, que pertenecerían exclusivamente al ámbito de la conciencia y lo privado. En función de esa base ideológica personal se juzgará proporcionada o desproporcionada la prohibición del velo o crucifijo. ¿Acaso el principio de ponderación, con sus subprincipios, puede mostrar quién tiene verdaderamente razón o quién tiene más razón? Creo que sólo enseña cuáles de esas razones pesan más para los miembros del Tribunal que decida.

Analicemos paso a paso la sentencia.

En pro de la brevedad no nos detendremos en los argumentos sobre la posible vulneración del derecho de propiedad (Art. 14 aptdo. 1 LF), pues no son muy elaboradas las alegaciones de los recurrentes al respecto y el Tribunal las despacha con un par de frases[17]. No digo que no pudiera caber un examen minucioso desde este punto de vista, sino que aquí no lo intentaremos. Así que nos quedamos con los otros dos derechos, el de libertad de expresión y el de libertad de empresa y ejercicio profesional, aducidos como vulnerados por la norma legal que obliga a las inscripciones en los paquetes de tabaco.

---

[17] El argumento clave del Tribunal al respecto se encierra en las siguientes palabras: "La obligación de expresar el aviso disminuye las probabilidades de ventas y ganancias de los recurrentes, pero eso no afecta a ningún derecho relacionado con el derecho de propiedad. El art. 14 apartado 1 de la Ley Fundamental protege sólo posiciones jurídicas que pertenezcan ya a un sujeto… no abarca, por tanto, oportunidades futuras o posibilidades de beneficio" ("Die Pflicht zum Aufdruck von Warnhinweisen mindert zwar die Umsatz- und Gewinnchancen der Beschwerdeführerinnen, berührt aber insoweit keine eigentumrechtlich geschützten Rechte. Art. 14 Abs. 1 GG schützt nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen…, umfasst also grundsätzlich nicht in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten").

a) Libertad de expresión (Art. 5 aptdo 1 LF).

Los recurrentes alegan lo siguiente:

— La libertad negativa de expresión (*negative Meinungsäusserungsfreiheit*) garantiza que nadie puede ser obligado a manifestar una determinada opinión. Los fabricantes de tabaco son obligados a poner en los paquetes una opinión que no es la suya y con la que discrepan.

— Aunque una de las inscripciones vaya precedida de la fórmula "Los Ministros de la CEE:" y con ello se quiera hacer ver que es la opinión de éstos y no la de los productores la que se expresa, cualquier sujeto debe estar protegido de la obligación de expresar opiniones ajenas.

— Muchos consumidores, pese a todo, entienden que las inscripciones reflejan la opinión de los propios fabricantes, como muestran encuestas que se aportan.

— Esas opiniones que se obliga a expresar son, además, erróneas, pues presentan el tabaco como "monocausalidad" de dichas enfermedades, lo cual no está demostrado.

Frente a esto, el Tribunal argumenta que el conflicto no se da con la libertad de expresión,

sino con la libertad profesional, y ello por las siguientes razones:

— La libertad de expresión de los fabricantes se vería dañada por la medida estatal si ésta interfiriera en la publicidad de sus productos, pero no es ése el caso. El estado se sirve de los paquetes sin afectar a la expresión publicitaria de los fabricantes y, por tanto, sin interferir en la formación o expresión de las opiniones de los fabricantes, sino sólo en su ejercicio profesional[18].

---

[18] Este argumento es muy curioso y suena considerablemente artificioso, por lo que conviene reproducirlo íntegro: "El derecho fundamental de libertad de expresión puede ser invocado a propósito de una publicidad económica si tal publicidad tiene un contenido valorativo, formativo de opinión o si contiene datos que sirvan para la formación de opinión… Todo esto falta aquí. En la medida en que los fabricantes de tabaco deben insertar en sus paquetes advertencias dictadas por el estado, el estado toma esos paquetes para sus fines sin con ello afectar en más a la publicidad. Por consiguiente no queda afectada la libertad de expresión y opinión de los fabricantes, sino sólo su ejercicio profesional" ("Das Grundrecht der Meinungsfreiheit… kann für eine Wirtschaftswerbung allenfalls in Anspruch genommen werden, wenn die Werbung einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat o der Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen… Daran fehlt es hier. Soweit die Hersteller von Tabakerzeugnissen auf ihren Packungen auch staatliche Warnungen verbreiten müssen, nimmt der Staat diese Packungen in Anspruch, ohne damit die Werbung im übrigen zu beeinträchtigen. Insoweit ist nicht die Meinungsbildung und Meinungsäusserung der

— Distinto sería si los avisos no aparecieran claramente como expresión de una opinión ajena, no propia de los fabricantes. Pero como tal cosa no ocurre, no se puede decir que hay violación de la libertad de expresión porque se les obligue a manifestar como propia una opinión ajena. Raramente se podrá pensar que los fabricantes comparten esa opinión que el aviso expresa, y las encuestas que aportan no acreditan tal cosa.

— Dichas inscripciones son una condición puesta por el estado para la venta de cigarrillos y tienen como fin hacer conscientes a los consumidores, en el momento de comprar y consumir, de la dañosidad.

— Así pues, vemos que en este caso, y pese a que el conflicto se suscitaba entre derechos fundamentales, el razonamiento *no es ponderativo*, pues el Tribunal excluye que quede en modo alguno dañado o limitado el derecho de libertad de expresión. No hay nada que ponderar pues el derecho a la salud, justificación de la medida estatalmente impuesta, no entra ahí en conflicto con la libertad de expresión. Pero la razón de que no haya nada que ponderar está en la interpretación que de la libertad de expresión ha elegido el

---

Unternehmen, sondern ausschliesslich deren Berufsausübung berühr").

Tribunal. Si hubiera querido ponderar habría optado por una interpretación diferente de la misma norma. Vemos de nuevo que lo dirimente no es la ponderación, sino que lo son las elecciones interpretativas previas, que condicionan su posibilidad y determinan su resultado.

b) Libertad profesional (Art. 12 aptdo 1 LF).

Los recurrentes alegan que las inscripciones de advertencia suponen regulaciones del ejercicio profesional que atentan contra el principio de proporcionalidad porque son falsas e inducen a error[19]. En la sentencia no se recoge nada más que esta frase como alegación de los recurrentes sobre la vulneración de este derecho, pese a que la sentencia estima que ahí radica el único verdadero conflicto entre derechos en este caso.

La sentencia razona del siguiente modo sobre este conflicto de derechos.

— Las intromisiones en el derecho de libertad profesional protegido por el art. 12

[19] "Die Warnhinweise stellten Berufsausübungsregelungen dar, die gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstiessen, da sie falsch und irreführend seien".

aptdo. 1 LF necesitan, conforme al apartado 2 de ese mismo artículo, una base legal. A su vez, esa base legal debe reunir dos requisitos: tener fundamento suficiente en consideraciones de bienestar general y respetar el principio de proporcionalidad, lo que se traduce en que el medio elegido para ese fin perseguido sea adecuado y necesario, y que en una ponderación de bienes entre la gravedad de la limitación y el peso del motivo justificatorio no se rebase el límite de lo admisible. Ahí tenemos una formulación canónica de las reglas de la ponderación entre principios, tal como Alexy la propugna y la jurisprudencia constitucional supuestamente las aplica. Añade el Tribunal que tales requisitos aparecen aquí cumplidos:

— Que el tabaco es dañino para la salud, que puede producir las enfermedades aludidas tanto a los fumadores como a los no fumadores y que puede ser causa única de ellas, estaría hoy científicamente demostrado, y el Tribunal hace varias citas de autoridad al respecto.

— La advertencia de tales peligros forma parte de las legítimas tareas del estado, el cual, al establecer la obligación de dichos avisos de advertencia, pone a los consumidores en situación de reflexionar una vez más sobre las posibles consecuencias de su acción.

— Dichas advertencias son adecuadas para, como mínimo, hacer que el fumador no consuma tabaco sin prevención ninguna y sin saber a lo que se arriesga.

Queda pues, satisfecha la regla de *adecuación*. Ahora toca ver si también se cumple la regla de *necesidad*.

— El Tribunal es aquí contundente: "La advertencia es también necesaria. Una posibilidad de protección contra los peligros derivados del fumar que sea menos dañina ni ha sido presentada ni es imaginable. Con esta frase queda *dogmáticamente* sentado que no le cabe al estado ninguna otra manera de alcanzar idéntico grado de protección de la salud de los consumidores (y los no consumidores) de tabaco y que sea menos dañina para la libertad profesional de los fabricantes. ¿Es realmente así? ¿Es inevitable estar de acuerdo con la verdad y evidencia de tal afirmación? El Tribunal la refuerza diciendo que sí cabe imaginar una medida más eficaz para proteger la salud: la prohibición total de venta de tabaco. Pero que en comparación con la medida que analizamos esa y todas las demás alternativas imaginables son más gravosas para el derecho de los fabricantes a su libertad profesional. Y renovamos nuestra pregunta: ¿verdaderamente no son imaginables medidas de igual o superior eficacia protectora de la

salud y que no interfieran, o interfieran menos, con tal derecho de los fabricantes? El Tribunal (y Alexy) dice que es obvio que no. A nosotros nos parece que sí. Enumeremos algunas, a bote pronto:

i) Elevar, incluso elevar mucho, los impuestos sobre el tabaco.

ii) Realizar duras, constantes y persistentes campañas de publicidad financiadas con medios públicos. Es lo que se hace para aumentar la seguridad del tráfico, en lugar de obligar a los fabricantes de automóviles a venderlos con una bien visible inscripción en su carrocería que diga "los coches matan", o algo por el estilo.

iii) Prohibir la publicidad del tabaco.

¿Acaso cualquiera de estas medidas no podría ser igual de eficaz para disuadir al consumidor y, sin embargo, nada o casi nada dañina para el derecho de los fabricantes?

Con todo esto no quiero decir que yo esté en contra de las inscripciones mencionadas en los paquetes de tabaco, ni que opine que la norma que las impone es inconstitucional. Lo que pretendo dejar claro es lo endeble del razonamiento con el que el Tribunal fundamenta dicha constitucionalidad, consecuencia

de lo poco demostrativas y convincentes que son las argumentaciones ponderativas. Si la imposición legal de las inscripciones de advertencia es constitucional porque resulta necesaria para el fin legítimo que persigue, ya que no cabe concebir una medida que proteja lo mismo el derecho a la salud dañando menos la libertad profesional, dicha constitucionalidad es sumamente endeble y se ataca simplemente con invocar medidas alternativas que sean evidentemente menos dañosas.

A Alexy le parece un caso fácil de aplicación de la regla de proporcionalidad en sentido estricto porque sin examen ni crítica da por buena la afirmación del Tribunal de que todas las alternativas imaginables son más perjudiciales para la libertad profesional de los fabricantes. Pero lo que en realidad este caso nos muestra es que *la regla de necesidad está siempre al albur de la imaginación*: en cuanto alguien acierta a imaginar una medida verosímilmente mejor, deja de ser necesaria la medida examinada. Y raro será que tal imaginación de una medida mejor no sea posible. Así que el juicio de constitucionalidad dependerá por completo de lo rica que sea o deje de ser la imaginación del Tribunal. El juicio de necesidad depende de la imaginación del Tribunal. El de proporcionalidad en sentido estricto depende de sus preferencias valorativas.

Sinteticemos ahora todo esto tomando como muestra este caso.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto se da, según Alexy y la doctrina jurisprudencial, comparando los grados en que una determinada acción jurídica (A) (i) beneficia o favorece un derecho[20] d^1 y (ii) daña o perjudica otro derecho d^2. Cuando el daño para d^2 es mayor que el beneficio para d^1 dicha acción jurídica es inválida por contraria a la constitución. Pero esa comparación de grados de beneficio/perjucio de d^1/d^2 (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) sólo acontece cuando A ha pasado otros dos tests: el de idoneidad (verdaderamente A proporciona algún beneficio a d^1) y el de necesidad (no cabe una acción jurídica A´ que reporte –al menos– el mismo beneficio para d^1 con menor daño[21] para d^2).

No me ocuparé ahora del juicio de idoneidad, del que ya se habló en el apartado anterior. Del de necesidad ya ha quedado

---

[20] O un principio constitucional de otro tipo, pero dejemos esto último de lado en este momento, para no complicar innecesariamente el análisis.

[21] En realidad habría que decir con menor daño para d^2 o cualquier otro derecho que complementaria o alternativamente pudiera verse afectado. Pero entrar en este detalle, importantísimo, también complicaría demasiado en análisis en este momento.

dicho que sería por definición provisional, pues en cualquier momento se invalidaría con sólo mostrar que cabe una alternativa A´ menos dañosa para d^2, (siempre siendo el daño de d^2 menor que el beneficio de d^1).

Esa provisionalidad definitoria del juicio de necesidad contamina de incertidumbre también el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Esto se ve en la sentencia que acabamos de presentar. En ella se afirma que la medida de imponer las advertencias en los paquetes de tabaco (en adelante A) es menos dañosa que la otra alternativa posible, la de prohibir la venta de tabaco (A´). Satisfecho queda así el requisito de necesidad. A partir de ahí (y presupuesta también la idoneidad, que aquí no discutimos) ya toca que entre en juego el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, a tenor del cual, puesto que A implica un daño *leve* para d^2 (libertad profesional) y un beneficio *grande* para d^1 (protección de la salud), A es constitucionalmente admisible. La validez de tal aserto, aparentemente evidente, está condicionada por la aceptación de dos presupuestos, *no tan evidentes*:

i) Que la acción estatal para la protección preventiva de la salud es más importante que el libre funcionamiento de un mercado irrestricto. Yo estoy de acuerdo con tal idea, pero un ultraliberal (postura que también

encaja dentro del pluralismo constitucionalmente establecido) podría argumentar que la acción estatal sobre el consumo y los mercados puede engendrar una cadena de consecuencias entrelazadas que, al final, acaben por desembocar en una ineficiencia económica que disminuya las posibilidades efectivas de protección real de la salud. Insisto, yo no pienso así, pero sí podría pensar así un Tribunal mayoritariamente integrado por ultraliberales económicos. Con esto quiero mostrar de nuevo que hasta en supuestos aparentemente tan evidentes como éste el resultado del juicio de proporcionalidad en sentido estricto sólo es evidente en apariencia, *sólo es evidente para los que comparten determinados valores*, no para los que profesan otros. En una sociedad libre y pluralista las evidencias compartidas son poquísimas, y en materia política y moral ninguna que no sea puramente formal o procedimental.

ii) Que no se introduzca un término de comparación nuevo, es decir, que se dé por bueno el juicio de necesidad, aunque sea fruto de una deficiente capacidad imaginativa o prospectiva. Porque ante una medida alternativa el juicio de proporcionalidad en sentido estricto podría dar el resultado opuesto, la inconstitucionalidad de A. Pensemos en que dicho juicio no se limitara a A, sino también a A´ siendo ésta una medida legal de subida

fuerte de los impuestos sobre el tabaco con el fin de disuadir de su consumo. Aceptado que el beneficio para d^1 pudiera ser como mínimo el mismo (cosa no difícil de aceptar, en mi opinión) y que el daño para d^2 no fuera leve (como en el caso de A), sino levísimo o nulo, habría que concluir que ambas medidas son, según la regla de proporcionalidad en sentido estricto, constitucionales; pero que en virtud de la regla de necesidad sólo A´ lo es.

En resumen, la supuesta evidencia que convertiría, según Alexy, en perfectamente racional la ponderación realizada en esta sentencia, brilla por su ausencia.

¿Qué tipo de razonamiento podríamos proponer como alternativo y mejor para un caso así? Se me ocurren dos posibilidades, tal vez complementarias.

i) Resignarse a que no hay un método racional para dotar de una mínima objetividad la decisión en estos casos, decisión eminentemente valorativa. Ante tal ausencia de método que garantice un resultado mínimamente racional y objetivo, sólo restarían ciertas pautas formales, del tipo de las siguientes:

— Las únicas evidencias y, por tanto, lo único que no puede contradecirse son las evidencias científicas, las lógicas o matemáticas y las de perfecto sentido común.

— Entre las anteriores están las evidencias semánticas, de modo que es "evidente" y como tal ha de aparecer en la decisión, que una disposición jurídica viola la constitución cuando de ninguna forma la semántica (y ninguna forma admisible de semántica) permite hacerla compatible con los enunciados constitucionales.

— Cuando haya argumentos buenos, aceptables y susceptibles de un amplio consenso tanto para una como para otra de las alternativas en discusión, el Tribunal debe aplicar la regla del *self-restraint* o, lo que es lo mismo, el principio de prioridad del legislador. Este principio, a su vez, se justifica por su mayor coherencia con los principios estructurales o básicos del orden constitucional: soberanía popular, democracia, separación de poderes, pluralismo…

ii) Enfocar la decisión como razonamiento interpretativo/subsuntivo. Es decir, presentar la recíproca acomodación de los derechos en conflicto como resultado de la interpretación del contenido de (los enunciados en que se formula) cada uno de ellos, en lugar de como resultado de ponderaciones evanescentes y supuestamente objetivas.

Es lo que en esta sentencia hace el Tribunal respecto a la libertad de expresión[22]. En efecto, vimos que dice el Tribunal que la esfera de protección de la libertad de expresión no abarca los casos en que se obliga a un productor o vendedor a inscribir en su producto un mensaje con una opinión no falsa de otro, siempre y cuando quede claro que esa opinión es de otro y no del que produce o vende el objeto. En la terminología más tradicional se podría decir que el Tribunal ha hecho a ese respecto una interpretación restrictiva del precepto que recoge la libertad de expresión, con lo que su ámbito de protección (la referencia del enunciado constitucional del art. 5 aptdo. 1 LF) no se extiende a este hecho de la inscripción obligatoria.

¿Cabría proceder del mismo modo en lo que tiene que ver con la libertad profesional? Sin duda ninguna. Bastaría con que el Tribunal hubiera hecho lo mismo: sostener y argumentar que el cumplimiento de la obligación de insertar tales avisos en los paquetes de tabaco no encierra ningún tipo de atentado al bien protegido por la libertad profesional[23],

---

[22] Y también respecto del derecho de propiedad, aunque este punto no lo hemos desarrollado, tal como arriba advertimos.

[23] Es decir, que tal hecho cae fuera de la referencia del art. 12. aptdo. 1 LF. Tal cosa, obviamente, no se

del mismo modo que no supone tal atentado el establecimiento de obligaciones como las de no rebasar un precio máximo del tabaco o pagar determinados impuestos por los beneficios derivados de las ventas. Y entre las ventajas de este tipo de razonamiento frente al ponderativo está la de que no queda a merced de la imaginación con que se haga el juicio de necesidad.

Nuevamente no quiero decir, para nada, que el tipo de razonamiento interpretativo/subsuntivo sea automático, evidente y ni siquiera sencillo. Tampoco que no tenga una base valorativa, con la consiguiente necesidad de argumentar, buscando la mayor convicción posible, aunque sea siempre inalcanzable la plena demostración. Sólo quiero decir que es un proceder menos engañoso que el ponderativo. Del razonamiento interpretativo/subsuntivo hace tiempo que la doctrina conoce perfectamente sus límites y sabe que no es posible en él una perfecta racionalidad y objetividad. En cambio, al aplicar los esquemas de la ponderación los Tribunales pretenden hacer uso de un método más seguro y objetivo. Pero, en realidad, las cosas suceden al contrario: el método ponderativo es aún más inseguro que el interpretativo/subsuntivo

---

constata (salvo en los casos muy fáciles), sino que ha de *argumentarse*, con argumentos interpretativos.

y, consiguientemente, encierra (y oculta) mayores grados de arbitrariedad bajo su apariencia de aplicación de reglas muy elaboradas, como las de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

2.3. Sobre el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Análisis de la Sentencia *BVerfGE 86, 1*: *TITANIC/"geb. Mörder*

Aquí defenderé que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto tiene su contenido determinado por las decisiones interpretativas previas, por lo que la relevancia práctica o real de dicha ponderación última es muy escasa y claramente subordinada.

Alexy presenta esta sentencia como caso prototípico de utilización adecuada del método de ponderación, concretamente de aplicación de la regla de proporcionalidad en sentido estricto, según la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"[24].

Nosotros sostenemos dos tesis. Una de carácter general: las diferencias entre el procedimiento o método de ponderación y el de

[24] *Epílogo*, pág. 48.

subsunción son sólo aparentes o superficiales y todos o la mayoría de los casos judiciales (o al menos todos los casos difíciles) pueden ser reconstruidos y tratados de las dos maneras. Y otra referida a esta sentencia que se analiza: es más comprensible y aparenta mayor racionalidad (por ser más tangibles y más abiertamente analizables y argumentables los parámetros utilizados) si se reconstruye según un procedimiento interpretativo/subsuntivo que si se presenta, tal como hace Alexy, como ejemplo de aplicación del método de ponderación.

Repasemos el caso[25].

La revista satírica *Titanic* tenía una sección permanente titulada "las siete personalidades más lamentables". En dicha sección era común que a los nombres de los aludidos les acompañara algún tipo de apelativo, a veces explicado en el propio texto. Varias veces el nombre del aludido iba acompañado de la expresión "geb. …", traducible por "nacido…"[26]. Hasta al presidente de la República

---

[25] Una presentación muy simplificada puede verse en Alexy, *Epílogo*, págs. 53-54. Creo que es necesaria aquí una presentación más detallada de los hechos, a fin de poder entender los distintos argumentos que se manejan y su sentido.

[26] Es común esta expresión en Alemania al referirse a las mujeres casadas, que toman el apellido del marido.

se lo presentó así, "Richard von Weizsäcker (*geb. Bürger* –ciudadano–)", en tono satírico.

Un oficial del ejército en la reserva y que está parapléjico por causa de un accidente de tráfico, consiguió, después de varias solicitudes e intentos, ser admitido para tomar parte en unos ejercicios militares. Argumentaba que su cabeza funcionaba perfectamente y que podía ser útil en tales ejercicios por sus conocimientos del idioma checo. El caso apareció en el periódico *Bild am Sonntag* como información curiosa. *Titanic* incluye a este hombre en la sección de los siete personajes más lamentables y se refiere a él con su nombre y el añadido "*geb. Mörder*", es decir, "nacido asesino"[27].

No hay que perder de vista que había recaído poco antes la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* en la que absolvía

---

Por ej., en la misma revista se hablaba de Desiree Becker, "geb. Nosbusch", y con ello se expresaba humorísticamente que el apellido de soltera de dicha señora era Nosbusch.

[27] Aunque en otros lugares de este libro, en los que se hace referencia a esta sentencia, se ha usado "asesino nato" para *geb. Mörder*, por ser la traducción que figura en el *Epílogo* de Alexy, aquí se mantiene "nacido asesino" por considerarse necesario para entender el análisis que el autor hace de la sentencia y, en particular, para entender el preciso sentido satírico de la expresión, que parece perderse con "asesino nato" (n. del e.).

a quien había dicho públicamente que todo soldado es un asesino potencial (*potentieller Mörder*), y hasta el Presidente de la República había participado en la consiguiente polémica, defendiendo a los militares.

Dicho militar interpone demanda contra *Titanic* por daño a su honor. *Titanic* publica entonces, en la sección de "cartas al lector" una nota de la propia Redacción en la que, entre otras críticas, se llama al militar "tullido"[28] (*Krüppel*).

El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista a indemnizarlo por las dos ofensas al honor. El *Bundesverfassungsgericht* considera que no hay tal ofensa al honor al

---

[28] El texto dice lo siguiente, en traducción apresurada: "El hecho de que un tullido, en concreto usted, esté en disposición de prestar servicio en una organización, el ejército, cuya finalidad es convertir a hombres en tullidos o matarlos, es algo que nos pareció obsceno y que nos hizo nombrarle una de las siete personalidades más lamentables del mes de marzo. Encontramos odioso el hecho siguiente, que nos trae a la mente nuestras anteriores dudas sobre si usted estaría bien de la cabeza, y que consistió en que por medio de abogado nos reclama como indemnización más de cincuenta mil marcos porque "el peso jurídico y objetivo de la ofensa pública de nuestro mandante" "es mucho mayor" que si nos hubiésemos burlado de una persona sana. ¿O cómo llamaría usted la degradación jurídica de los sanos a personas de segunda clase? (…) Así que nos veremos ante el juez".

apostrofarlo como "geb. Mörder", pero sí al llamarlo tullido.

Observemos ahora la lectura que hace Alexy.

Alexy, tomando pie en una expresión utilizada por el propio BVerfGE en la sentencia dice que dicho Tribunal "llevó a cabo una «ponderación relativa a las circunstancias del caso concreto», entre la libertad de expresión de la revista implicada (art. 5.1, aptdo. 1 LF) y el derecho al honor del oficial de la reserva (art. 2.1 LF en conexión con el art. 1.1. LF). Para tal fin –continúa Alexy– el Tribunal determinó la intensidad de la afectación de esos derechos y las puso en relación"[29]. Según Alexy, en el primer caso (*geb. Mörder*) se considera que la condena de la revista a indemnizar es una limitación grave de la libertad de expresión, mientras que la afectación del derecho al honor tendría como máximo una afectación de grado medio, por tratarse de una sátira y ser una fórmula empleada también en otras ocasiones y con otros personajes. Así que, comparadas ambas magnitudes, el BVerfGE habría comprobado que la condena de *Titanic* resultaba "desproporcionada".

---

[29] *Epílogo*, pág. 54.

Y, siguiendo con Alexy, en lo referido a la segunda expresión cuestionada ("tullido") el Tribunal habría comprobado que se trata de una vulneración "muy grave o extraordinariamente grave" del derecho al honor, pues es expresión humillante y que manifiesta falta de respeto. Así que, en este caso, la grave intervención en la libertad de expresión que supone la condena a indemnizar está compensada por la gravedad por lo menos idéntica del atentado contra el derecho al honor.

Procedamos ahora a la reconstrucción de la sentencia bajo esquema interpretativo/subsuntivo, prescindiendo de ponderaciones de principios.

De lenguaje y esquema ponderativo no hay en esta sentencia más que el párrafo que menciona Alexy[30]. En todo lo demás podemos

---

[30] Dice así (subrayo la parte que cita Alexy): "La libertad de expresión no está ilimitadamente garantizada por la Constitución, sino que halla sus límites con arreglo al art. 5, apartado 2 de la Constitución, en los preceptos de la ley general, en las determinaciones legales sobre protección de la juventud y del honor personal. Estos preceptos deben, a su vez, ser interpretados a la luz del derecho fundamental que limitan, a fin de su significado valorativo se muestre también a la hora de su aplicación. *Esto lleva generalmente a una ponderación casuística entre el derecho* fundamental a la libertad de expresión y el bien protegido por la ley que limita el derecho fundamental" ("Die Meinungsfreiheit is vom Grundgesetz

leerla y reconstruirla como un caso perfectamente normal y habitual de interpretación/subsunción, uno de tantos. Hagamos primero una representación puramente esquemática y meramente aproximativa.

La situación normativa es la siguiente. Hay una norma constitucional (Art. 5 aptdo. 1, párrafo 1 LF) que consagra la libertad de expresión. Hay otra norma constitucional (Art. 5 aptdo. 2 LF) que establece como límites a tal libertad de expresión los que disponga con carácter general la ley, y la protección de la juventud y el honor de las personas[31]. Podemos, pues, traducir simplificadamente esto del siguiente modo, en lo que aquí interesa:

---

allerdings nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern findet ihre Schranken nach Art. 5 Abs. 2 GG in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre. Diese Bestimmungen müssen aber ihrerseits wieder im Lichte des eingeschränkten Grundrechts ausgeleget werden, damit dessen wertsetzende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene zur Geltung kommt… *Das führt in der Regel zu einer fallbezogenen Abwägung zwischen dem Grundrecht der Meinungsfreiheit und dem vom grundrechtsbeschränkenden Gesetz geschützten Rechtsgut*"). Si se tratara de discutir con total minucia, podríamos decir que en la frase anterior a esta última en que habla de ponderación, habla también de interpretación. Y que o se trata de interpretar o de ponderar, con lo que una de las dos expresiones la utiliza el Tribunal en un cierto tono metafórico o meramente aproximativo.

[31] Como se ve, la situación es muy similar a la recogida en la Constitución Española en el art. 20.

Está permitida toda expresión que no atente[32] *contra el honor de las personas.*

En representación formal (x = cualquier expresión; h = honor; ¬ = negación):

(1) $Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg h)$

La discusión versa sobre si "geb. Mörder" y "Krüppel" (que representamos indistintamente como "e") constituyen o no casos de atentados contra el honor. Ahora bien, "nacido asesino" y "tullido" no son o dejan de ser, sin más, atentados al honor; es decir no se subsumen automáticamente o de manera perfectamente evidente bajo la categoría de "expresiones atentatorias contra el honor". Son casos dudosos, caen en lo que habitualmente llamamos la zona de penumbra del enunciado normativo. De manera que habrá que concretar su adscripción o no a dicha categoría, mediante un razonamiento que es un razonamiento interpretativo y que sigue los esquemas habituales de éstos.

Se comienza por acotar categorías de grado de abstracción intermedio entre esos dos polos (los concretos calificativos –"nacido asesino", "tullido"– y el derecho al honor). Se

[32] Y contra la protección de la juventud.

usan aquí los dos siguientes: sátira e insulto[33]. Una sátira no es un atentado contra el honor; un insulto, sí.

Una sátira (s) no supone un atentado contra el honor:

(2) $s \rightarrow \neg (\neg h)$

Lo que vale tanto como decir que es compatible con el respeto debido al honor.

(2´) $s \rightarrow h$

En cambio, un insulto (i) sí daña el derecho al honor:

(3) $i \rightarrow \neg h$

Cabe, y es conveniente siempre que sea posible, definir mediante sus características esas categorías. Así veremos más abajo que hace el Tribunal con la noción de sátira. Así que si lo que define la sátira es la posesión de las notas (n) 1, 2 y 3, tenemos que:

(4) $(n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s$

---

[33] Veremos que en el caso estos argumentos se hacen aún más complejos, pero en esta misma línea de razonamiento interpretativo.

Con lo que, por lo que ya sabemos:

(5) $[(n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s] \rightarrow h$

Pero tampoco es automática la calificación o subsunción de cualquiera de esas dos expresiones como sátira o insulto. De modo que hacen falta nuevos pasos en ese proceso de interpretación concretizadora. Con ese fin habrá que invocar diferentes circunstancias que operan en favor de una u otra opción. Tales circunstancias pueden ser de muy distinto tipo: semánticas, intencionales, históricas, sociológicas, etc., etc. Su fuerza es proporcional a su grado de evidencia y a la capacidad de convicción de su uso argumentativo[34].

En un nuevo paso de este razonamiento interpretativo/subsuntivo, habrá que echar mano en la argumentación de esas circunstancias en favor o en contra de entender que las expresiones que se discuten ("nacido asesino", "tullido") sean sátiras o insultos. Si llamamos "c" a esas circunstancias, podemos representar así ese paso:

(6) $(c1...cn \rightarrow n1...nn) \rightarrow (e \rightarrow s/i)$

---

[34] Y estas dos magnitudes pueden contrapesarse: a mayor evidencia, menor importancia de la fuerza argumentativa expresa; y a la inversa.

Con lo que, en función de cómo despejemos s/i resultará que la expresión "e" está o no está permitida:

(7) $[(c1...cn \rightarrow n1...nn) \rightarrow (e \rightarrow s/i)] \rightarrow Pe/\neg Pe$

Queda, pues, esquematizado así todo el proceso:

(1) $Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg h)$

(2´) $s \rightarrow h$

(3) $i \rightarrow \neg\, h$

(4) $(n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s$

(5) $[(n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s] \rightarrow h$

(6) $(c1...cn \rightarrow n1...nn) \rightarrow (e \rightarrow s/i)$

(7) $[(c1...cn \rightarrow n1...nn) \rightarrow (e \rightarrow s/i)] \rightarrow Pe/\neg Pe$

Y vemos que a lo largo de este razonamiento en ningún momento se han ponderado o sopesado derechos, ni en abstracto ni a la luz de las circunstancias del caso. *Lo único que se sopesa son las razones que avalan cada paso en ese proceso de concreción interpretativa. Se sopesan razones interpretativas, es decir,*

razones para adscribir significados o, dicho de otra forma, razones para admitir que una determinada categoría encaja (se subsume) o no bajo la referencia de una categoría más general. Así, (2) es resultado de valorar (ponderar) las razones por las que una sátira no se considera incompatible con el respeto al honor; (3) es el resultado de valorar (ponderar) las razones por las que se considera que un insulto atenta contra el honor; (4) es el resultado de valorar (ponderar) cuál es la mejor definición de sátira, cuáles son sus notas definitorias; (6) es el resultado de valorar (ponderar) la relevancia de las circunstancias concurrentes, a efectos de ver si estamos o no bajo una conducta que encaja o no bajo las categorías de sátira o insulto, definidas con arreglo al paso anterior, en su caso.

Bien claro queda, por tanto, que si hablamos de un procedimiento de carácter interpretativo/subsuntivo no es para referirnos a ningún proceder automático o puramente formal, sino a uno presidido, en lo material, por procesos valorativos, dentro de un marco de posibilidades semánticamente acotado. Pero tampoco se trata de que este proceder o el de la ponderación entre principios, al modo que propone Alexy, sean dos maneras de presentar lo mismo o no tengan más relevancia que la de divertimento intelectual. Mi tesis es que el rigor y los controles posibles

son claramente distintos en un caso y otro. Pero eso lo fundamentaré en otro lugar. Baste aquí meramente mencionar algunas consecuencias: 1) No hay (o no tiene por qué haber) diferencia cualitativa entre decisiones en materia de conflictos entre derechos fundamentales o en cualquier otro caso de conflicto jurídico. 2) No hay diferencia cualitativa entre el tipo de normas que Alexy llama reglas y las que llama principios. 3) A los tribunales constitucionales no los especifica la aplicación de ningún método peculiar o propio. 4) Su diferencia, si la hay, con los tribunales de la jurisdicción ordinaria habrá que buscarla en otros lados, y posiblemente sea meramente competencial. 5) En consecuencia, no podrá ser la invocación de su método o perspectiva propios lo que sirva de pretexto a los tribunales constitucionales para ampliar sus competencias más allá de lo que es la dicción de las normas constitucionales o legales que se la atribuyen.

Vamos ahora a seguir, ya en concreto, los pasos de la sentencia que comentamos. La tesis es, ya lo he dicho, que esta sentencia responde al esquema interpretativo/subsuntivo que acabamos de dibujar, no a un modelo supuestamente alternativo de decisión ponderativa entre derechos.

Comencemos por las alegaciones de las partes.

El militar ofendido argumenta lo siguiente:

— La expresión "geb. Mörder" trata de despertar en los lectores la impresión de que él es un asesino nato, que posee una innata propensión a matar.

— La humillación está presente también en la insinuación de que tiene dañada su salud mental, insinuación que se repite, bajo diversas formas, en los dos números de *Titanic*.

— La expresión "tullido" es claramente peyorativa y está hecha con propósito de humillar y degradar al aludido.

— No cabe justificar dichas expresiones como sátira permitida. Es dudoso, en primer lugar, que se pueda hablar propiamente aquí de una sátira. La sátira se define como una forma expresiva en la que un aspecto de realidad se presenta como broma o burla, pero no de modo directo, sino indirecto, como imitación o remedo[35]. Esa artificiosa defor-

[35] "Eine Kunstform, in der sich der «an einer Norm orientierte Spott über Erscheinungen der Wirklichkeit» nicht direkt, sondern indirekt, durch die ästhetische Nachahmung eben dieser Wirklichkeit ausdrücke".

mación de la realidad falta en la publicación que se discute, en la que se refleja la realidad pero con propósito crítico y ridiculizador. En segundo lugar, no todo lo que se publica en una revista que se define como satírica y que se dirige a un lector que entiende el tono satírico es sátira por ese solo hecho.

— Aunque verdaderamente lo publicado mereciera el calificativo de sátira, y, con ello, se analice como obra literaria, no por ello deja de contener un grave atentado antijurídico contra los derechos de la personalidad. Ni siquiera a un escritor o un artista le está permitido degradar y humillar a otro en su obra.

— Lo determinante es la intención de burla y humillación con que los textos están escritos, lo cual se muestra a las claras con la elección de los términos usados.

Por su parte, la revista *Titanic* argumenta lo siguiente:

— En los textos prevalece claramente el carácter satírico-literario, por lo que están protegidos por la libertad artística.

— La comprensión de la sátira presupone un lector avezado al lenguaje satírico. Ese es el tipo de lector de *Titanic* y a él se dirige lo

que la revista publica. Por tanto, el lector experto de sátiras entenderá que lo dicho del militar es pura sátira y no humillación o insulto. El lector de sátira sabe que en cualquier escrito satírico lo dicho no se toma al pie de la letra, sino que hay que entenderlo siempre cargado de exageración y adorno.

— No es cierto que la expresión "geb. Mörder" indique que el militar aludido tenga una propensión innata a asesinar, que sea un asesino nato. Se está aludiendo al oficio de los soldados, entrenados para matar, y todo ello en el contexto de la polémica anterior sobre si los soldados son asesinos potenciales.

— Las alusiones irónicas al estado mental del militar no pretenden calificarlo como demente, sino resaltar lo inusual e incomprensible de su pretensión de participar en unos ejercicios militares, pese a hallarse físicamente impedido. Esa opinión está amparada por la libertad de expresión, pues, bien entendida, no encierra una crítica injuriosa.

— En lo publicado como "carta al lector" la expresión "tullido", que en sí misma es rechazable, debe ser entendida en el contexto de la polémica sobre la sentencia referida a los soldados (*Frankfurter Soldatenurteil*), a propósito de la que se discute si el oficio de soldado consiste en matar a otros o dejarlos tullidos.

Vemos que los argumentos de las partes se resumen así: el militar alega que no es sátira, sino expresión directamente ofensiva y atentatoria contra el honor, y que aunque fuera sátira tampoco dejaría de existir y ser relevante el atentado al honor, especialmente por ser injuriosa la intención de la revista; por su parte, *Titanic* argumenta que sí es sátira y no hay ninguna intención injuriosa, por lo que lo publicado queda plenamente amparado por la libertad de expresión.

Ahora veamos los argumentos del *Bundesverfassungsgericht*, con los que va a sostener que la expresión "geb. Mörder" es admisible, pues no atenta contra el derecho al honor, y que el calificativo "tullido", en cambio, si es ilícito, pues vulnera tal derecho. Estos son los argumentos:

— La publicación primera tiene los caracteres de la sátira. Ahora bien, por el hecho de ser satírica ya no está, sin más, amparada una publicación por el la libertad de expresión. "*Satire kann Kunst sein; nicht jede Satire ist jedoch Kunst*" (la sátira puede ser arte; pero no toda sátira es arte). La libertad artística (*Kunstfreiheit*) sólo protege la sátira que sea arte, no a la que es un simple medio expresivo de opiniones o críticas.

— A las expresiones que se acogen bajo la libertad de expresión no se les puede atribuir ningún contenido o significado que manifiestamente el autor no les atribuiría.

— El establecer sanciones, tanto penales como civiles, para las expresiones tiene un efecto preventivo y disuasorio, y disminuyen la disposición a hacer uso en el futuro del derecho a expresarse libremente. Ése es el peligro que aquí existe: una revista satírica como *Titanic* puede ser obligada a dejar su actividad si los jueces desconocen el alcance de la libertad de expresión y la limitan demasiado, sancionando por cada uso de la sátira propiamente dicha.

— Los caracteres de la sátira son "exageración" (*Übertreibung*), "caricatura" (*Verzerrung*) y "distanciamiento" (*Verfremdung*).

— El *Oberlandesgericht* (tribunal de segunda instancia) ha considerado que las dos expresiones que aquí se discuten atentan contra el honor y ha obligado a *Titanic* a indemnizar por las dos. En este recurso, interpuesto por *Titanic*, el BVerfGE se plantea así su propia tarea, y después de lo que ha dicho y hemos recogido: se ha de examinar si el *Oberlandesgericht* en su decisión ha tenido suficientemente en cuenta el sentido y el

carácter del texto, y también se ha de investigar si el Tribunal ha calificado inadecuadamente las publicaciones como injuria formal o crítica insultante, con la consecuencia de que no gozarían del mismo grado de protección del derecho fundamental que si fueran expresiones que pudieran ser vistas como juicio de valor sin carácter injurioso o insultante.

Es de suma importancia reparar en este párrafo. En él se aprecia que el Tribunal esta aplicando una "lógica" puramente binaria, que su planteamiento es de tipo "o…o…", no una "lógica" ponderativa. Lo que nos dice el Tribunal es: i) Que o se trata de atentados contra el honor, en cuyo caso son ilícitos por definición y es adecuada la sanción, o no se trata de atentados contra el honor, en cuyo caso son lícito ejercicio de la libertad de expresión. ii) Que siempre y por definición hay atentado contra el honor cuando se está ante injurias (*Formalbeleidigung*) o ante críticas insultantes (*Schmähkritik*). iii) Que, en cambio, no atentan contra el honor los meros juicios de valor, aunque sean críticos, cuando no tienen ese carácter injurioso o insultante. iv) Que una expresión *o cae bajo uno o bajo uno o bajo otro de tales conjuntos* (injuria y/o insulto vs. juicio de valor no injurioso ni insultante), pero que no caben combinaciones intermedias; que son conjuntos sin elementos

comunes, conjuntos disjuntos. v) Que lo que el Tribunal Constitucional tiene que hacer al resolver recursos como éste es ver si el Tribunal de instancia ha realizado correctamente la adscripción de las expresiones en cuestión a uno u otro de esos dos conjuntos. Por tanto, si una expresión "e" daña el derecho al honor, no es en modo alguno ejercicio del derecho de libertad de expresión; y si esa expresión "e" es ejercicio del derecho de libertad de expresión no es en modo alguno atentatoria contra el derecho al honor. *Tertium non datur*[36].

---

[36] Así es siempre que la relación entre los derechos fundamentales se plantea en los siguientes términos: d^1 está limitado por d^2. Así es como ocurre con la relación entre la libertad de expresión (e información) y el derecho al honor (y otros, como la protección de la infancia) tanto en Alemania como en España. Por eso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español sobre este asunto no hay tampoco ni rastro de lo que propiamente merezca el nombre de ponderación (véase mi trabajo "Tres sentencias del Tribunal Constitucional. Ponderando el honor y la libertad de información", *Diario La Ley*, nº 6212, 17 de marzo de 2005). El esquema de razonamiento en estos casos es siempre interpretativo/subsuntivo, a partir de una norma cuya estructura, como ya se ha dicho es: $Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y)$. "x" vale por expresión/información e "y" vale por "honor" o "protección de la infancia", por ejemplo. De esta manera vemos que el derecho al honor o el derecho de la infancia a la protección están configurados como derechos absolutos (Oy). Por tanto, no pueden ser limitados en modo alguno. Cuando una expresión "e" se considera constitucionalmente permitida es porque se entiende que de ninguna manera daña el derecho al honor de un sujeto o el derecho de la infancia a su protección.

Así pues, nada más lejos de los planteamientos ponderativos. Con un enfoque ponderativo el razonamiento sería así: i) la expre-

---

Ésa es la razón por la que, como en esta misma sentencia dice el *Bundesverfassungsgericht*, una interpretación maximalista o extensiva del derecho al honor, por ejemplo, llevaría a que nada negativo o crítico se pudiera decir de cualquiera y, con ello, a la práctica inhabilitación de la libertad de expresión. Que esto es así se ve aún mejor si trabajamos con el derecho de la infancia a la protección. Con un enfoque ponderativo sería admisible el contenido del siguiente enunciado: "cuando el derecho de un niño a la protección sufra un daño de grado medio y, en el caso, la libertad de expresión se beneficie en un grado alto, debe prevalecer la libertad de expresión". Todos diríamos, en cambio, que el enunciado es jurídicamente inaceptable, pues ningún atentado contra el derecho de un niño a la protección puede justificarse con el beneficio para la libertad de expresión. Pues bien, lo mismo ocurre con el derecho al honor. Otra cosa es que los contenidos precisos del derecho al honor o del derecho de los niños a la protección deba establecerse por vía de *interpretación* de los correspondientes enunciados constitucionales, interpretación con propósito generalizador y no meramente de justicia del caso concreto; y que dicha interpretación debe tener un carácter sistemático, tomando en cuenta simultáneamente el sentido posible de todos los derechos en juego (aquí, libertad de expresión, de información, etc.) y buscando la coherencia del resultado final, de manera que la interpretación maximalista o totalmente extensiva de uno de los derechos no lleve a la práctica eliminación de algún otro. Cuestión interesante es averiguar si el mismo esquema se aplica a la relación entre todos los derechos fundamentales, y a sus posibles conflictos, o si es peculiar de la relación entre la libertad de expresión/información y los derechos que la limitan. Mi hipótesis es la primera, pero no puedo desarrollarla aquí.

sión "e" supone ejercicio de la libertad de expresión y, *al mismo tiempo*, supone daño para el derecho al honor; ii) dicha expresión "e" es lícita siempre y cuando que el beneficio para la libertad de expresión sea mayor que el daño para el derecho al honor; iii) la operación mediante la que se establece esa proporción daño/beneficio entre los dos derechos se llama ponderación; iv) la ponderación se hace caso por caso y su metro son las circunstancias del caso concreto.

Sigamos con los pasos del razonamiento de la sentencia.

— La libertad de expresión tiene sus límites, según el art. 5.2 LF en lo que disponga la ley, en la protección de la juventud y en el derecho al honor personal. Pero a su vez estos límites deben ser "interpretados" a la luz del derecho que limitan, cuyo valor orientativo se hace valer en el plano de la decisión. "Esto conduce por regla general a una ponderación casuística entre el derecho a la libertad de expresión y el bien jurídico protegido por la ley limitadora de tal derecho fundamental". A este párrafo ya me he referido anteriormente.

— En lo que se refiere a la expresión "geb. Mörder", la decisión del *Oberlandesgericht* debe ser corregida, pues no ha hecho justicia al carácter satírico de tal expresión.

En favor de ese carácter de sátira operan los siguientes argumentos:

a) Tiene las notas definitorias de la sátira.

b) La expresión aparece dentro de una rúbrica permanente y en la que siempre se procede así.

c) El lenguaje es el habitual, de tono chistoso y que pretende hacer reír, fin este que es el típico de la sátira.

d) El uso en otros momentos en la misma sección de la expresión "nacido…" demuestra que su propósito no es ofensivo, sino cómico.

e) En el contexto del momento estaba la discusión jurídica sobre si se podía llamar o no a los soldados "asesinos potenciales" (*potentielle Mörder*).

f) Para ver si una sátira encierra un propósito insultante o injurioso no se pueden tomar sus expresiones al pie de la letra, sino que tienen que ser desvestidas (*Entkleidung*) de su definitorio componente de exageración o caricatura. Ahí es donde el *Oberlandesgericht* yerra, pues toma la expresión "geb. Mörder" al pie de la letra, como si necesariamente significase asesino nato.

Así pues, la *conclusión* es que dicha expresión *no produce daño al honor, no que el daño sea pequeño, leve, poco relevante, etc. Dicha conclusión depende de la citada cadena de interpretaciones previas, no de una ponderación de grados de afectación positiva o negativa de los derechos*.

— En lo que se refiere a la expresión "tullido" (Krüppel), la solución es diferente: sí hay daño al honor y *por tanto*, no puede tratarse de ejercicio lícito de la libertad de expresión, por lo que acertó aquí el *Oberlandesgericht*. Los argumentos son los siguientes:

a) "Krüppel" es una expresión que no meramente se usa para describir la condición de inválido o impedido, o para designar al físicamente deforme, como se hacía en siglos pasados. Hoy en día calificar a alguien como tullido se entiende como "humillación" (*Demütigung*), como degradante, equivale a minusvalorarlo. Ese cambio de significado se aprecia si se tiene en cuenta que también se usa la expresión para insultar o degradar a quienes no tienen ningún tipo de defecto físico. b) La lectura de la "carta al lector" muestra que la intención era calificar con ese término degradante al demandante, no a los soldados en general ni a ningún grupo. c) No puede servir como disculpa el que se tratara

de una reacción frente a la demanda de indemnización por el reportaje anterior, pues nada había en tal demanda de agresivo o insultante.

En resumen conjunto, la expresión "geb. Mörder" no atenta contra el honor del demandante y es, por lo tanto, ejercicio lícito de la libertad de expresión, porque: i) objetivamente no es insultante o injuriosa; ii) porque no existía (o no está acreditada) una intención ofensiva o degradante. En cambio, la expresión "Krüppel" sí atenta contra el honor del demandante y no es, por tanto, ejercicio lícito de la libertad de expresión, porque: i) sí es objetivamente insultante, a tenor del significado que ha alcanzado y con el que suele usarse en nuestros días; ii) ha sido proferida con intención vejatoria.

3. La esencial intercambiabilidad del método subsuntivo y el ponderativo

Ahora pretendo poner de relieve, de modo más sistemático, que el método subsuntivo y el ponderativo son intercambiables en cada caso (o al menos en cada caso mínimamente difícil), sea de legalidad estricta o de constitucionalidad; y que ambos, por tanto, pueden ser indistintamente usados tanto por los tribunales ordinarios como por los tribunales constitucionales. En el trasfondo late también mi opinión de que el uso del método subsuntivo

(subsuntivo/interpretativo, como lo vengo llamando, para mayor precisión) es más apto para que los tribunales cumplan con los requisitos de una argumentación exigente, pues en él se ven más claros los pasos en que la racionalidad exige argumentación expresa de las decisiones intermedias determinantes del resultado final.

Utilizaré el siguiente proceder. Presentaré una sentencia en materia de legislación ordinaria y un caso-tipo en materia de conflicto entre los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor. E intentaré poner de manifiesto que las dos son perfectamente tratables y reconstruibles tanto con un método ponderativo como con uno subsuntivo.

El caso de la sentencia primera es el conocido en España como caso del Toro de Osborne, decidido por el Tribunal Supremo español (Sala 3ª) en Sentencia de 30 de diciembre de 1997. El caso se puede resumir así. La Ley de Carreteras prohibía la colocación de "publicidad" en los lugares visibles desde las carreteras, fuera de los tramos urbanos. A la entrada en vigor de dicha Ley, la empresa Osborne, que se anunciaba mediante la efigie del Toro y una inscripción en la misma, borra tal inscripción, pero mantiene la figura del Toro, visible desde las carreteras. La empresa es sancionada por mantener dicha "publicidad"

cuando ya rige la prohibición. Recurre y el Tribunal Supremo anula la sanción, argumentando que dicho Toro no es "publicidad".

3.1. Decisión de conflicto de legalidad ordinaria presentada bajo forma subsuntiva

Tomemos el caso del Toro de Osborne. La situación normativa creada con la prohibición de colocar publicidad podemos expresarla así, del modo más sencillo: prohibido (V) colocar publicidad (x):

Situación normativa:

(1) Vx

El problema, pues, consiste en saber qué se entiende por "publicidad". En la sentencia del Tribunal Supremo en este caso se dice (simplificamos el asunto) que, a efectos de esta norma, es publicidad todo objeto asociado a una marca comercial que pueda distraer a los conductores. En aras de la simplicidad, representemos "objeto asociado a una marca comercial que pueda distraer a los conductores" como "d". Tenemos, así, el siguiente enunciado interpretativo:

Enunciado interpretativo general:

(2) $d \leftrightarrow x$

El paso siguiente tiene que consistir en sentar si el Toro de Osborne cae o no bajo "objeto asociado a una marca comercial que pueda distraer a los conductores" (d). El Tribunal concluye que no. Representamos el Toro como "t".

Enunciado interpretativo particular:

(3) $t \rightarrow \neg d$

Enunciado subsuntivo derivado de (1) (2) y (3) y conclusivo del razonamiento interpretativo:

(4) $t \rightarrow \neg x$

Conclusión normativa:

(5) $\neg Vt$

Las razones determinantes de la corrección *material* del razonamiento serán las que respalden a los enunciados representados en (2) y (3).

3.2. Decisión del *mismo* conflicto de legalidad ordinaria presentada bajo forma ponderativa

Ahora presentaremos bajo forma de ponderación el razonamiento de este caso que acabamos de ver en su esquema subsuntivo/

interpretativo, y comprobaremos que ambos esquemas son intercambiables.

En primer lugar hemos de *traducir el caso a un conflicto entre derechos*. Podemos hacerlo contraponiendo el derecho de la empresa a anunciar libremente sus productos, como parte de la libertad de empresa, y el derecho de la Administración a prohibir las formas de publicidad que atenten contra algún bien constitucionalmente protegido, como pueda ser la seguridad de los ciudadanos o el derecho de los ciudadanos al medio ambiente. Por simplificar, nuevamente, reduzcamos el conflicto al enfrentamiento entre el derecho a anunciarse (como parte del derecho a la libertad de empresa), que representamos como D1, y el derecho a la seguridad de los conductores, que representamos como D2. ¿Cuál de los derechos prevalece en el caso del Toro de Osborne?

El Tribunal Supremo (si bien usando otro *lenguaje*, no el de los derechos) dio prevalencia en el caso a D1, el derecho de la empresa a anunciarse. Pero lo hizo diciendo que el Toro no era publicidad porque su presencia no atentaba contra la seguridad de los conductores. Y siguió los siguientes pasos:

Determinar qué se entiende, a efectos de la norma, por "publicidad". Nos dijo que publi-

cidad no es cualquier cosa asociada a una marca o producto comercial (admite la asociación del Toro y una marca de brandy de la empresa Osborne desde varios puntos de vista), sino sólo aquel objeto asociado a una marca o producto *y* que ponga en peligro la seguridad de los conductores por ser apto para provocar su distracción. Invoca como razón de esa opción interpretativa el fin de la norma, y llamaremos a esta razón interpretativa R^{i1}. Luego realiza una afirmación fáctica: que la figura del Toro no distrae a los conductores. Llamemos a esta razón R^{C1}. Y tenemos que, *"ponderadas" las razones interpretativas y tomada una de las opciones, y "ponderadas" las circunstancias fácticas* y tomada una de las opciones, quedan las razones para la prevalencia (P) de un derecho sobre otro:

$$J\ (R^{i1} \wedge R^{c1})\ D1\ P\ D2$$

Sin embargo, si uno lee la sentencia del Tribunal Supremo en el caso del Toro y cualquier sentencia del Tribunal Constitucional en un caso de conflicto entre derechos fundamentales, la diferencia salta a la vista. ¿Es sólo una diferencia de lenguaje o hay una verdadera diferencia de método motivada por la distinta naturaleza de los casos? Nuestra tesis es que la diferencia es meramente de lenguaje.

Esa diferencia se traduce en que *el Tribunal Constitucional habla (o aparenta hablar) en términos de que están afectados dos derechos (o, más en general, dos principios), pero para el caso uno vence sobre otro*. Es decir, por ejemplo, que sí es un caso de libertad de expresión y sí es un caso de derecho al honor, y que la prevalencia del derecho al honor en razón de las circunstancias del caso supone la victoria de este derecho y la consiguiente limitación del otro en este caso. *En cambio, el Tribunal Supremo, usando un esquema no ponderativo, dice que el Toro no es un anuncio y que, por tanto, no hay un conflicto entre normas, sino que meramente no rige la prohibición de anuncios. Pero sería lo mismo si hubiera dicho que anuncios como los del Toro no caen bajo la prohibición, dado que, en sus circunstancias, no hay razones para limitar la libertad de anunciarse de las empresas. Y también sería lo mismo si el TC, en el ejemplo que a continuación veremos, sustituyera su lenguaje ponderativo por el propio del "método" subsuntivo/interpretativo y se expresara en estos términos: en el caso la expresión "e" es subsumible entre las expresiones que atentan contra el honor, y puesto que la libertad de expresión tiene su excepción en el daño al honor, no se trata de ejercicio de la libertad de expresión, sino de atentado al honor.*

A todo esto subyace una *tesis*, también fuerte, que requiere fundamentación minuciosa: *todas las normas pueden ser presentadas o como reglas o como principios, y tal presentación depende del lenguaje y el esquema que se adopte a la hora de aplicarlas. Pero tal opción es potestativa del intérprete, no determinada por ningún tipo de "naturaleza", ni de las normas ni de los hechos. Y, por último, esa opción responde generalmente a propósitos de política judicial, según que se quiera una aplicación del derecho de apariencia más técnica o más de equidad o justicia de los hechos. Los tribunales constitucionales adoptan un lenguaje ponderativo para hacer que su jurisdicción aparezca como sustancialmente diferente de la de los tribunales ordinarios.*

3.3. Decisión de conflicto entre derechos fundamentales presentada bajo forma subsuntiva

Tomemos un caso estándar de conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor. Hay dos normas (constitucionales; pero esa condición no es relevante): una dice permitido (P) expresar las ideas y opiniones (x): Px. La otra dice prohibido (-P) decir cosas que atenten contra el honor de otro (y): (-Py).

De modo que la situación podemos presentarla así:

$Px \wedge \neg Py)$.

Toda expresión está permitida, salvo que contenga un atentado al honor de otro. "x" representa cualquier expresión. E "y" representa cualquier expresión que atente contra el honor de otro. Por tanto, "y" es un subconjunto de "x". Así pues, la situación normativa podemos, más precisamente, representarla así:

$Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y)$.

En consecuencia, todo conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor pasa necesariamente por:

— Determinar el sentido de "honor" (y, correlativamente, de atentado contra el honor). Ahí serán de utilidad todo tipo de argumentos de los consolidados como interpretativos. Así, se llegará por ejemplo a establecer que todo insulto es (una expresión que supone) un atentado al honor de la persona referida (vid. paso (2) en el esquema de más abajo).

— Determinar si el hecho enjuiciado (v.gr. alguien dijo que una persona era un "necio",

o un “idiota”, o un “sinvergüenza”, o un “ladrón”…) y que era dudoso si caía bajo la referencia del enunciado que se interpretaba, cae bajo la referencia del enunciado concretizador, del enunciado interpretativo. En nuestro ejemplo, si la expresión en cuestión (e) es o no un insulto (i) (vid. paso (3) en el esquema de más abajo).

El esquema queda así:

Situación normativa: (1) $Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y)$

Enunciado interpretativo general (2) $i \rightarrow y$

Enunciado interpretativo particular (3) $e \rightarrow i$

Enunciado subsuntivo (4) $e \rightarrow y$

Conclusión normativa. (5) $\neg Pe$

En clave de racionalidad argumentativa, se requiere que concurran y se expresen (cuando no sean plenamente evidentes) las razones que respaldan las afirmaciones representadas en (2) y (3). Es decir, las razones por las que se considera que el significado del derecho al honor hace ese derecho incompatible con el soportar insultos, y las razones por las que se estima que la expresión “e” constituye un insulto.

3.4. Decisión de conflicto entre derechos fundamentales presentada bajo forma ponderativa

Según la doctrina habitual en tema de ponderación, un derecho prevalece sobre el otro no en abstracto, sino en el caso concreto, y a la luz de las circunstancias precisas de ese caso. Llamando C a las circunstancias y J a la justificación de la prevalencia, podemos representar la situación de prevalencia así:

$$J\ (C^1 \ldots\ C^n)\ D1\ P\ D2$$

Pero hay que tener en cuenta que las circunstancias no hablan por sí solas. Lo que se quiere decir cuando en la doctrina de la ponderación se alude a ellas como determinantes es que son la fuente o la base de las razones dirimentes de la prevalencia de uno de los derechos; o sea, que las razones que cuentan para esa prevalencia son razones circunstanciales, razones relativas a la presencia y la relevancia de unas u otras circunstancias. Así que si llamamos R^C a tales razones circunstanciales podemos mantener el mismo esquema de este modo:

$$J\ (R^{C1} \ldots R^{Cn})\ D1\ P\ D2$$

Pero la cuestión clave es ésta: *¿qué es lo que hace relevante e importante para el caso*

una o varias de entre las innumerables razones que concurren? Y la respuesta es**:** *la previa interpretación de la norma o normas en cuestión*.

En la expresión "e" proferida por una persona respecto de otra, en uso de la libertad de expresión de aquélla, podemos imaginar los siguientes caracteres y circunstancias, de entre la infinidad que pueden darse e imaginarse para un caso:

Circunstancias: 1) proferida en una reunión privada; 2) proferida en una asamblea pública; 3) proferida en un programa de radio; 4) proferida por un particular; 5) proferida por un periodista; 6) proferida respecto de un particular; 7) proferida respecto de un cargo público; 8) proferida por un madrileño; 9) proferida en jueves; 10) proferida por una persona de 52 años; etc., etc.

Caracteres: A) crítica; B) acusación; C) insulto; D) caricatura o imitación; E) reproche; F) advertencia; G) insinuación amorosa, etc., etc.

En rápida y aleatoria enumeración hemos mencionado diez posibles circunstancias de la expresión "e" y siete posibles caracterizaciones o catalogaciones de la misma. Respecto de las circunstancias, cualquier discusión será

cuestión de prueba (mostrar en los hechos que alguien es o no un periodista, que alguien es o no un cargo público, etc.); respecto de los caracteres las discusiones versarán sobre lo adecuado o no de la calificación, es decir, sobre las razones para calificar la expresión "e" como insulto, crítica, reproche, etc.

Pues bien, es la previa interpretación de lo que se entienda por "honor", como bien protegido por la norma que otorga el derecho al honor y que limita las expresiones posibles amparadas por la libertad de expresión, lo que hace que no se considere, hoy, aquí y ahora, atentatorio contra tal bien el ser objeto de una mera crítica, o de un simple reproche, o de una insinuación amorosa, y sí, en cambio, ser insultado. Así que *lo que hace relevante una u otra circunstancia y uno u otro carácter* de entre las y los innumerables que puede tener la proferencia de "e" *es una interpretación previa de la norma*, expresada o no en el correspondiente enunciado interpretativo, pero operante siempre, aunque sea de modo tácito. *Sobre la base de la interpretación se determina la relevancia de las circunstancias*.

Pero falta un *segundo paso*. *Una vez que hemos interpretado "honor"*, por ejemplo, como desmerecimiento de la pública consideración y que, segundo paso, hemos determinado que un insulto es un supuesto que da

lugar a tal desmerecimiento de la pública consideración, queda por *saber si "e" constituye o no un insulto*. Y habrá que dar razones de los dos cosas: de por qué se considera que el honor se daña cuando se es objeto de desmerecimiento en la pública consideración y de por qué se considera que "e" es un insulto y no, por ejemplo, una simple crítica o una cariñosa reconvención que no daña tal consideración pública.

Con todo esto estamos defendiendo esta *tesis*: *que los dos esquemas que hemos visto para el conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor no son expresión de dos modos distintos de razonar ni de dos métodos diferenciados, sino dos maneras de representar un mismo proceder*. Es decir, que en términos *funcionales* el esquema I:

J (R^{C1}… R^{Cn}) D2 P D1

equivale al esquema II:

Situación normativa: (1) $Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y)$

Enunciado interpretativo (2) $i \rightarrow y$

Enunciado subsuntivo (3) $e \rightarrow i$

Conclusión del razonam.int. (4) $\neg Pe$

Lo que varía y explica la diferencia en el modo de representar es que en el esquema I (ponderativo) se incorpora la mención a las razones subyacentes, pero no se representan los pasos o secuencia del razonamiento; mientras que en el esquema II (subsuntivo/interpretativo) ocurre al revés, se representa la secuencia del razonamiento pero se deja fuera la mención de las razones que avalan el contenido de los enunciados determinantes, que son el (2) y el (3).

Basta con fundir ambos esquemas para tener el esquema completo y común a todo caso difícil, sea o no de conflicto directo o inmediato entre derechos fundamentales. Quedaría así, en lo referido al caso de enfrentamiento entre libertad de expresión y derecho al honor, ganando el derecho al honor por haberse establecido que el insulto atenta contra el derecho al honor y que "e" es un insulto.

Situación normativa: (1) $Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y)$

Enunciado interpretativo (2) $J\ (R^{Ca} \ldots R^{Cn})\ i \rightarrow y$

Enunciado subsuntivo (3) $J\ (R^{C1} \ldots R^{Cn})\ e \rightarrow i$

Concusión del razonam.int. (4) $\neg Pe$

Y téngase en cuenta que -Pe es tanto como decir que para el caso caracterizado por la

proferencia de “e” (en las circunstancias $c^1 \ldots c^n$) el derecho al honor (D2) prevalece sobre el la libertad de expresión (D1):

(e) D2 P D1

Queda visto que *las razones presentes en la llamada decisión ponderativa son razones interpretativas* (las que determinan, en el ejemplo, que el insulto atenta contra el bien “honor”) *y razones fácticas* (las circunstancias que en el caso hacen que “e” pueda o deba contarse como un insulto). Por eso el *esquema de la ponderación*, para ser *completo*, debería representarse así, llamando R^i a las razones interpretativas y R^c a las razones circunstanciales:

$J (R^{i1} \ldots R^{in} \wedge R^{c1} \ldots R^{cn})$ D2 P D1

¿EXISTEN DIFERENCIAS ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL?

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS DE ROBERT ALEXY

Alfonso García Figueroa

Sumario:

1. La distinción entre reglas y principios en el sistema de Robert Alexy.
2. La tesis fuerte de la separación entre reglas y principios.
3. Algunos problemas empíricos para la tesis fuerte de la separación entre reglas y principios: las excepciones principiales a las reglas en los estados constitucionales. El dilema del caballo de Troya y la paradoja de las teorías principialistas.
4. Algunos problemas conceptuales de la tesis de la conformidad: la derrotabilidad jurídica es una propiedad disposicional y tiene bases éticas.
5. Excepciones (relativas a la razón práctica) en el caso en cuestión.
6. Conclusión.

1. La distinción entre reglas y principios en el sistema de Robert Alexy

Los trabajos de Robert Alexy forman un sistema[1]. Este sistema se asienta sobre cuatro pilares: una teoría de filosofía moral, una teoría de la argumentación jurídica, una teoría del derecho y una teoría de los derechos fundamentales. La distinción entre reglas y principios es relevante en todos estos campos:

(1) *Filosofía moral*. La filosofía moral de Alexy es la teoría del discurso[2]. Principios y discurso práctico se hallan íntimamente relacionados desde el momento en que Alexy asume que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general (*Sonderfallthese*)[3] y que por tanto la aplica-

---

[1] El propósito a largo plazo de Alexy consiste en articular un sistema de filosofía jurídica como él mismo reconoce en una entrevista con Manuel Atienza en *Doxa*, 24, 2001, pág. 686.

[2] Véase e.g. R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie* (Suhrkamp, Francfort del Meno, 1995).

[3] Véase R. Alexy, "La tesis del caso especial" (trad. I. Lifante, en *Isegoría*, 21, 1999, págs. 23-35 y mis trabajos sobre las consecuencias de la tesis del caso especial sobre la teoría del Derecho: "La tesis del caso especial y el positivismo jurídico" (en *Doxa*, 22, 1999, págs. 195-220) y "El «Derecho como argumentación» y el Derecho para la argumentación. Consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Lifante" (en *Doxa*, 24, 2001, págs. 629-653), donde se replica a I. Lifante,

ción de principios jurídicos involucra en última instancia el razonamiento práctico general.

(2) *Teoría de la argumentación jurídica*[4]. La comprensión y justificación de la actividad conocida como ponderación (*Abwägung*) de principios, en tanto que contrapuesta a la subsunción propia de las reglas, constituye una de las tareas principales de cualquier teoría de la argumentación.

(3) *Teoría del derecho*[5]. Los principios se hallan en el núcleo del llamado "argumento de los principios" (*Prinzipienargument*). Este argumento, esgrimido sobre todo por Ronald Dworkin y Robert Alexy, representa con el llamado "argumento de la injusticia" (*Unrechtsargument*) el mayor desafío al positivismo jurídico en el siglo XX[6]. Por tanto, la

---

"Una crítica a un crítico del «no positivismo». A propósito de «La tesis del caso especial y el positivismo jurídico» de Alfonso García Figueroa" (en *Doxa*, 23, 2000, págs. 709-728).

[4] R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, 1989).

[5] R. Alexy *El concepto y la validez del derecho* (trad. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994).

[6] Véase R. Dreier, *Derecho y justicia* (trad. L. Villar Borda y Quijano, Bogotá, Temis, , 1994), cap. III y del mismo "Zur gegenwärtigen Diskussion des Verhältnisses von Recht und Moral in der Bundesrepublik

teoría del derecho basada en el argumento de los principios puede ser denominada "*no positivismo principialista*". El argumento de los principios puede formularse así:

Si existen principios en el derecho, entonces existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral.

Es decir, metateóricamente:

Si existen principios en el derecho, entonces el positivismo jurídico es una teoría equivocada.

(4) *Teoría de los derechos fundamentales*[7]. A juicio de Alexy, entre las diversas distinciones estructurales relevantes para los derechos fundamentales, "la más importante es la distinción entre reglas y principios"[8]. Alexy sostiene que "los derechos fundamentales tienen naturaleza de principios y los principios son mandatos de optimización"[9]. De este modo, los principios jusfundamentales son consustanciales a los estados constitucionales. Dado que los estados constitucionales

---

Deutschland" (en *Rechts- uns Sozialphilosophie in Deutschland heute*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosphie*, 44, 1991, págs. 55-67), pág. 61.

[7] R. Alexy, *Teoría.*

[8] Ibidem, pág. 81.

[9] R. Alexy, *Epílogo*, pág. 13.

cumplen en los términos de la *Teoría de los derechos fundamentales* la condición descrita en el antecedente del argumento de los principios tal y como ha sido recién formulado, el no positivismo principialista[10] constituye una teoría idónea para comprender los estados constitucionales bajo una concepción del derecho que vincula derecho y moral. De hecho, el no positivismo principialista forma parte de los fundamentos del nuevo paradigma jurídico en formación que se ha dado en llamar neoconstitucionalismo, un paradigma jurídico que adopta como referente los sistemas jurídicos en los estados constitucionales[11]. En este punto la teoría del derecho de Alexy entra en contacto con su teoría de los derechos fundamentales.

Parece evidente que la noción de principio es una pieza clave del sistema teórico de Alexy. Ello parece justificar nuestro interés por aclarar dos cuestiones: qué son los prin-

---

[10] Me he referido a esta cuestión en mi libro *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998). Véase R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, cit., págs. 45 y 73.

[11] Véase, para una caracterización general del neoconstitucionalismo, mi trabajo "Teorías del Derecho neoconstitucionalistas" en < http://www.iustel.com/cursos.asp?Id=5607267 >.

cipios y cómo funcionan. Ambas preguntas están relacionadas pero no deberían confundirse, a pesar de que los aspectos ontológico y funcional de la dicotomía reglas/principios se hallan relacionados en la teoría de Alexy. Desearía ocuparme en lo que sigue de este aspecto de la teoría de Alexy.

2. La tesis fuerte de la separación entre reglas y principios

Alexy distingue tres grupos de teorías acerca de la distinción entre reglas y principios:[12]

(i) La tesis de la conformidad (*Übereinstimmungsthese*), según la cual no existen diferencias entre reglas y principios.

(ii) La tesis débil de la separación (*schwache Trennungsthese*), según la cual existen diferencias entre reglas y principios pero no son de carácter cualitativo sino de grado. Por ejemplo, quien sostenga que reglas y principios se distinguen por el grado de generalidad, defiende una tesis débil de la separación. Si los principios se distinguen por ser más generales que las reglas, entonces las reglas son menos generales, pero también son generales.

---

[12] Véase R. Alexy, *Teoría*, págs. 85-6.

(iii) La tesis fuerte de la separación (*starke Trennungsthese*), según la cual existen diferencias cualitativas entre reglas y principios, de modo que toda norma es o bien una regla o bien un principio. Reglas y principios son categorías mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas. Según Alexy los principios son mandatos de optimización (*Optimierungsgebote*) y las reglas son mandatos definitivos. Robert Alexy defiende la tesis fuerte de la separación:

La tercera tesis dice que las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no sólo una diferencia gradual, sino *cualitativa*. Esta tesis es correcta[13].

Más adelante propongo examinar algunos de los problemas que plantea la tesis fuerte de la separación. Si la tesis fuerte de la separación es correcta, entonces la subsunción debe ser el modo exclusivo de aplicar las reglas y la ponderación el modo exclusivo de aplicar principios. Sin embargo, si fuera posible hallar casos de ponderación de reglas y subsunción de principios, entonces la tesis fuerte de la separación habría de enfrentarse a serios problemas. Antes de proseguir, situe-

[13] R. Alexy, *Teoría*, pág. 86.

mos la cuestión en un contexto algo más amplio.

Robert Alexy no suele mantener tesis fuertes[14]. Quien esté familiarizado con sus escritos notará que Alexy por lo general busca el punto medio entre tesis extremas o bien trata de debilitar la más plausible cuando todas parecen inadecuadas. Por ejemplo, Alexy defiende una "tesis débil de la vinculación entre derecho y moral"[15], una "versión débil de la tesis de la única respuesta correcta"[16] y una "versión muy débil" de la fundamentación pragmático-trascendental de la pretensión de corrección asociada a los actos de habla regulativos, las normas[17]. Por otro lado, Alexy sitúa su propia teoría entre la tesis extrema de la coerción y la tesis extrema de la no-coerción cuando define el papel de la fuerza en el derecho[18] y en su reciente *Epílogo* a su *Teoría*

---

[14] Quizá pueda considerarse una excepción R. Alexy, "Law, Discourse, and Time" (en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosphie*, 64, 1995, págs. 101-110).

ARSP, cuaderno 64 (1995), 101-110.

[15] Véase R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, cit., pág. 53.

[16] R. Alexy, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" (trad. M. Atienza, en *Doxa*, 5, 1988), pág. 140.

[17] R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pág. 306, y R. Alexy, "Una concepción teórico discursiva de la razón práctica", en R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, cit., pág. 143.

de los derechos fundamentales coloca su propia teoría entre el "demasiado" y el "demasiado poco" (de nuevo, *in medio virtus stat*). Allí replica por un lado a quienes como Böckenförde consideran que la consideración de los derechos fundamentales como principios pueden decir demasiado (dejando apenas nada que decir al legislador) y por otro a quienes como Habermas creen que debido a su indeterminación los principios dicen demasiado poco (dejando demasiado que decir a los jueces)[19].

Esto no obstante, Alexy sostiene, como acabamos de ver, una ontología fuerte de los principios. Esta excentricidad en su sistema probablemente tenga mucho que ver con el referido protagonismo de los principios en su sistema. Si los principios son una pieza clave de su sistema parece natural que pretenda reforzar esa pieza. Sin embargo, si adoptamos una tesis fuerte de la separación entre reglas y principios, entonces pueden surgir algunos

---

[18] Es decir, entre quienes establecen una conexión total entre fuerza y derecho y quienes los disocian con igual intensidad (véase R. Alexy, "The Nature of Arguments about the Nature of Law", en L.H. Meyer, S.L. Paulson y T.W. Pogge (eds.), *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Josef Raz* (Oxford, Oxford University Press, 2003, págs. 5-16, pág. 7).

[19] R. Alexy, *Epílogo*, pág. 14 y sigs.

problemas cuando ambos tipos de normas son confrontadas con sus respectivos modos de aplicación. En otras palabras, no es claro que la tesis fuerte de la separación en el plano ontológico (reglas/principios) resista su traslado al plano funcional (subsunción/ponderación).

Esta cuestión es relevante aquí porque Alexy asume la tesis (ontológica) fuerte de la separación entre reglas y principios, pero al mismo tiempo caracteriza reglas y principios en términos funcionales. Las reglas son (aplicadas como) mandatos de determinación. Los principios son (aplicados como) mandatos de optimización[20]. En consecuencia, ontología y función se hallan imbricadas en la dicotomía reglas/principios, de tal manera que la tesis

---

[20] La expresión "Optimierungsgebot" ("mandato de optimización") puede resultar ambigua. Si un principio es un mandato de optimización, entonces ¿qué es lo que se optimiza? Si el objeto de la optimización es la norma (el propio principio), entonces un principio es un mandato de optimización de un mandato de optimización y así sucesivamente hasta el infinito (véase J.-R. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, pág. 59 y sigs., y A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989, pág. 78). Sobre esta discusión, véase mi trabajo citado *Principios y positivismo jurídico*, pág. 186 y sigs. Esta ambigüedad puede ser considerada como una consecuencia de la falta de distinción entre los aspectos ontológico y funcional del concepto de principio.

fuerte de la separación entre reglas y principios implica una tesis fuerte de la separación entre subsunción y ponderación. No es mi intención ocuparme de este asunto aquí[21]. Bastará con indicar que una crítica a la tesis fuerte de la separación entre reglas y principios de Alexy puede seguir dos estrategias: o bien demostrar que las reglas pueden dar lugar a ponderación o bien que los principios pueden dar lugar a subsunción. En otras palabras, una teoría fuerte de la separación ha de enfrentarse a dos problemas principales: que las propiedades funcionales supuestamente exclusivas de las reglas puedan hallarse en los principios, y que las propiedades fun-

[21] Alexy no parece mantener una tesis fuerte de la separación entre subsunción y ponderación, sino que sitúa ambas operaciones en diversos planos. La subsunción es el esquema de aplicación propio de la justificación interna y la ponderación uno de los modelos de argumento reconstruido a partir de la justificación externa (R. Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", en *Ratio Juris*, 16, 2003, pág. 435). Sin embargo, la distinción actual entre justificación interna y externa presenta algunas ambigüedades que cuestionan la validez de la distinción. A veces la dicotomía justificación interna/externa significa justificación lógica/no lógica. En otras ocasiones significa justificación basada en normas jurídicas/extrajurídicas (véase M.C. Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pág. 219, y mi citado *Principios y positivismo jurídico*, pág. 280 y sigs.).

cionales supuestamente exclusivas de los principios puedan hallarse en las reglas.

Existen diversos enfoques para aproximarse a la distinción entre reglas y principios. Aquí desearía concentrarme en la distinta calidad de sus respectivas excepciones. Desde este punto de vista, las excepciones de las reglas serían exhaustivamente enumerables *ex ante* (previamente a su aplicación) y las excepciones de los principios no serían exhaustivamente enumerables *ex ante* (previamente a su aplicación). Por tanto, existen al menos dos tipos de excepciones relevantes: las excepciones que se hallan en el sistema jurídico en un momento dado t_n y las excepciones que surgen en casos específicos *ex post* (en momentos sucesivos t_{n+1}). Si reconstruyéramos una norma a la vista de estos dos tipos de excepciones, entonces el contenido de una norma (lo obligatorio, prohibido o permitido) sería relativo al sistema jurídico en t_n (el cual determina un conjunto de excepciones *ex ante*) y es relativo a las particularidades de casos futuros en t_{n+1} (lo cual determina un conjunto de excepciones que habrá de quedar determinado e*x post*). En la sección 3 me refiero a las excepciones de las reglas y en la 5 a las de los principios.

Con este marco desearía mostrar que una aproximación disposicional a los principios

hace la distinción entre principios y reglas más débil de lo que cree la tesis fuerte de la separación, pero también más fuerte de lo que la tesis de la conformidad sostiene.

3. Algunos problemas empíricos para la tesis fuerte de la separación entre reglas y principios: las excepciones principiales a las reglas en los Estados constitucionales. El dilema del caballo de Troya y la paradoja de las teorías principialistas

Para estudiar las excepciones relativas al sistema jurídico me referiré al papel de las reglas en los Estados constitucionales. Alexy destaca tres aspectos de los derechos constitucionales en su reciente trabajo "Sobre los derechos constitucionales a protección"[22]:

> Primero, los derechos constitucionales han ganado una influencia que va más allá de la relación entre el ciudadano y el estado. Han adquirido un "efecto de irradiación" sobre el entero sistema jurídico. El resultado es la ubicuidad de los derechos constitucionales. Segundo, los derechos constitucionales han sido vinculados de manera intrínseca al principio de proporcionalidad. La aplicabilidad de este principio presupone que los derechos constitucionales tienen la estructu-

[22] R. Alexy, "Sobre los derechos constitucionales a protección", en este libro, pág. 46.

> ra de principios o mandatos de optimización. Debido a esta estructura, la ubicuidad se combina con la optimización. Tercero, el contenido (subject-matter) de los derechos constitucionales se ha expandido considerablemente más allá y por encima de los derechos liberales clásicos.

Dejando a un lado el tercer aspecto, cabe plantear una cuestión: ¿Es realmente posible mantener en los estados constitucionales la distinción fuerte entre reglas y principios (lo que el segundo aspecto presupone) si tales principios han adquirido un "efecto de irradiación" (*Ausstrahlungswirkung*[23]) (primer aspecto)?

Creo que la respuesta es negativa. La tesis fuerte de la separación entre reglas y principios se basa por lo general en una cuidada descripción de los principios, pues estos parecen ser la categoría problemática de la dicotomía reglas/principios. Sin embargo, la causa de algunos problemas centrales de la tesis fuerte no se halla en las propiedades de los principios sino más bien en las propiedades de las reglas presupuestas por la descripción habitual de los principios. De hecho, la tesis fuerte de la separación entre reglas y principios puede presentar un talón de Aquiles no sólo debido a una deficiente descripción de

[23] Vid. R. Alexy, *Teoría*, pág. 507 y sigs.

los principios, sino también debido a una pobre descripción de las reglas. Si la descripción de los principios no deja autonomía a las reglas, entonces carece de sentido mantener la distinción entre reglas y principios en los estados constitucionales. La paradoja de las teorías principialistas a la que me referiré posteriormente tiene mucho que ver con esta situación. Veamos cómo la tesis fuerte de la separación entre reglas y principios presupone un concepto de regla inapropiado en un estado constitucional.

Si las excepciones a una regla pueden ser enumeradas *ex ante,* entonces debería ser posible determinar todas sus excepciones relevantes dentro del sistema jurídico. En otras palabras, debería ser posible reconstruir una regla como una *norma completa*. Por "norma completa" o en su caso "regla completa" entenderé en lo sucesivo el subsistema de normas formado por el significado de una disposición jurídica junto con todas sus excepciones relevantes dispersas por el ordenamiento. Reconstruir una norma completa es una ardua tarea de por sí que ni siquiera el propio Kelsen jamás afrontó (nunca dio un ejemplo de norma completa)[24]. Sin embargo,

---

[24] Como subrayan C.E. Alchourrón y E. Bulygin en su *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires, Astrea, 1987), pág. 98.

lo que desearía poner de manifiesto es que en un estado constitucional reconstruir una norma completa es más difícil y seguramente sea imposible. En tal caso, la tesis fuerte de la separación carecería de sentido en los estados constitucionales.

La razón de las dificultades para reconstruir una regla completa en un estado constitucional explica las dificultades para mantener la dicotomía entre reglas y principios. Lo interesante aquí es que la noción de regla presupuesta por la distinción entre reglas y principios fracasa precisamente en el modelo de derecho al que tal distinción se supone servía. En un estado constitucional, la constitución "irradia" o "impregna"[25] el entero sistema de modo que la propia constitución exige vinculaciones entre principios y reglas (esto es, en términos muy amplios, entre normas constitucionales e infraconstitucionales). En otras palabras, exige la "combinación de ubicuidad y optimización". En un estado constitucional una regla puede y debe tener excepciones constitucionales. Tomemos como ejemplo de regla[26] el art. 582 del Código Civil español:

---

[25] Tomo la expresión "impregnación" de R. Guastini, "La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano" (trad. M. Carbonell, en M. Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo*(s), Madrid, Trotta, 2003, págs. 49-73).

> Art. 582 C.C.: No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad.

Las reglas tienen una naturaleza binaria[27]: prohibición de abrir ventanas a menos de dos metros y permiso (en sentido débil) de hacerlo a más de dos metros. Por tanto, el cumplimiento gradual queda excluido. Pero supongamos que un juez considerara permitir en cumplimiento de disposiciones constitucionales la apertura de una ventana a 1.95 metros de distancia de la propiedad invocando el *principio* del art. 47 de la Constitución Española que reza así:

> Art. 47 CE: Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

En este caso el art. 582 C.C. quedaría exceptuado por el principio del art. 47 de la

---

[26] Tomo el ejemplo de L. Prieto, *Ley, principios, derechos* (Dykinson y Universidad Carlos III, Madrid, 1998), pág. 63 y sigs., quien a su vez lo recibe del civilista A. Carrasco, "La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica" (en *Revista de Derecho Privado*, 1996, pág. 886 y sigs.).

[27] A. Peczenik, *On Law and Reason*, cit., pág. 76.

Constitución. Si el art. 47 de la Constitución es un mandato de optimización, entonces esta disposición ordena que los españoles disfruten de un hogar digno en la mayor *medida* posible dentro de las posibilidades legales y jurídicas (lo cual incluye reglas como el art. 582 C.C.). Sin embargo, la propia idea de *medida* evoca una dimensión de *gradualidad* y esto resulta incompatible con la naturaleza *binaria* de las reglas. Lo problemático de la situación se hace más patente si reformulamos el art. 582 C.C. como una norma o regla completa:

> N1: No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad, *excepto cuando esto infrinja el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*.

Esta reconstrucción (fragmentaria) de la regla completa sería razonable en un estado constitucional. Sin embargo, si el art. 582 C.C. es una regla y el art. 47 de la Constitución es un principio, ¿qué es entonces N1? En este caso el principio (la excepción a la regla) introduciría grados en la aplicación de la reglas supuestamente incompatible con los grados. El juez debería considerar el grado en

que la prohibición de abrir una ventana a 1,95 metros afecta el derecho a una vivienda digna.

En otras palabras, en N1 la excepción introduciría la necesidad de ponderar en la aplicación de una regla (una actividad supuestamente exclusiva de principios). El principio que excepciona a la regla ya no presenta un número de excepciones cierto enumerable *ex ante*, lo que habría de garantizar su naturaleza binaria. El art. 47 CE funcionaría como un caballo de Troya[28] puesto que incorpora excepciones a la regla completa N1 que le privarían de su carácter de regla. El caso del art. 582 C.C. plantea un dilema para quienes mantienen que existe una diferencia ontológica fuerte entre reglas y principios. Un dilema es una opción entre dos alternativas inaceptables: o bien el art. 582 C.C. no es una regla o bien es una regla que puede funcionar como un principio. Examinemos ambas alternativas.

El primer cuerno del dilema es inaceptable para la tesis fuerte de la separación. Si el art. 582 C.C. no es una regla, entonces tampoco lo será ninguna norma en el estado constitu-

---

[28] Debemos la imagen a J. C. Bayón, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991), págs. 361-362.

cional por virtud del efecto de irradiación. Pero si no existen reglas en el estado constitucional, entonces la distinción fuerte entre reglas y principios carece de sentido precisamente en los sistemas jurídicos a cuya comprensión la propia distinción entre reglas y principios pretende servir. Recordemos que Alexy considera que "el aspecto más importante de la teoría de los *derechos fundamentales* es la distinción entre reglas y principios" (cursiva mía). Bajo estas circunstancias el problema de la tesis fuerte de la separación entre reglas y principios no está causado propiamente por la descripción de los principios sino más bien por la estrecha descripción de las reglas presupuesta por la descripción de los principios. Sin embargo si la distinción conceptual carece de relevancia empírica en el estado constitucional, entonces ¿de qué sirve la distinción? Parecería más sencillo hablar sólo en términos de normas en general o adoptar a lo sumo una distinción débil entre reglas y principios. Así se explica lo que podríamos llamar la paradoja del principialismo: la dicotomía regla/principio surgió para comprender mejor el derecho de los estados constitucionales, pero la distinción fuerte entre reglas y principios fracasa precisamente en (y lo que es más importante, a causa de) los estados constitucionales. ¿Significa eso que debemos asumir la tesis de la conformidad? No lo creo.

4. Algunos problemas conceptuales de la tesis de la conformidad: la derrotabilidad jurídica es una propiedad disposicional y tiene bases éticas

El segundo cuerno del dilema (que las reglas funcionen como principios) es inaceptable para la tesis fuerte de la separación porque nos lleva a asumir la tesis de la conformidad. Aquí tenemos dos opciones. Si la tesis fuerte de la separación entre reglas y principios funciona en un plano ontológico, pero no en el funcional, entonces parece claro que la distinción carecería de interés a efectos prácticos. Si la distinción funciona en el plano funcional pero no en el ontológico, entonces no existirían propiamente diferencias entre reglas y principios. A lo sumo sólo existirían diferencias entre subsunción y ponderación. Algunos han visto prueba de ello en el hecho de que no sabemos si una norma es una regla o bien un principio hasta que podemos comprobar cómo es aplicada efectivamente. Llevado al extremo, este argumento conduce a la tesis de la conformidad: no existen diferencias relevantes entre reglas y principios. Por ejemplo, poco después de la publicación de los primeros escritos de Dworkin sobre la distinción entre reglas y principios, Tapper consideró decepcionante (*disappointing*) comprobar que en el sistema de Dworkin la distinción entre reglas y principios sólo pue-

de hacerse retrospectivamente, una vez que la situación ha sido clasificada[29]. Ello nos habría de llevar a pensar que no existen dos tipos de normas, sino sólo dos maneras de aplicarlas: subsunción y aplicación. Diversos autores parecen haber insistido sobre esta idea[30] sosteniendo que "la diferencia entre reglas y principios surge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación"[31]. Sin embargo, que una propiedad sólo se manifieste (emerja) bajo ciertas circunstancias y no pueda ser verificada sino retrospectivamente, no debería ser una razón para negar esa propiedad. Para explicar la discontinuidad entre el plano ontológico y el funcional de la dicotomía entre reglas y principios, desearía subrayar el aspecto disposicional de los principios. Consideremos un ejemplo bien conocido: la solubilidad es una propiedad de la sal y sólo se manifiesta (*emerge*) cuando la introducimos en agua, de modo que sólo podemos

---

[29] Tapper, "A Note on Principles" (en *The Modern Law Review*, 34, 1971, págs. 628-634), pág. 630. J. A. García Amado subraya este tipo de argumento para negar toda relevancia de la distinción entre reglas y principios ("El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica", en este volumen).

[30] Véanse algunos ejemplos en mi trabajo citado *Principios y positivismo jurídico*, pág. 153 y sigs.

[31] L. Gianformaggio, "L"interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argometazione bassata su principi" (en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1985, págs. 65-103), pág. 72.

verificar esa propiedad *retrospectivamente*. Si nunca sumergiéramos la sal en agua, nunca se disolvería. Análogamente, mientras un principio no entre en conflicto con otro, el principio puede ser aplicado mediante subsunción. Este tipo de propiedad, cuya manifestación tiene lugar cuando acontece una condición específica, se denomina "propiedad disposicional" por oposición a las propiedades categóricas. La formulación típica en una disposición D (como la solubilidad del agua) es como sigue (donde C es una condición de la manifestación de la disposición [la introducción de la sal en agua] y M es la manifestación de la disposición [la efectiva disolución de la sal en agua]):

$$D \leftrightarrow (C \rightarrow M)$$[32]

A estos elementos suele añadirse una base de la disposición. La base de la disposición es el conjunto de propiedades categóricas que causan la disposición. Por ejemplo, la base de la solubilidad en agua de la sal consiste en la estructura química de la sal.

---

[32] R. Carnap, "Testability and Meaning" (en *Philosophy of Science*, 3, 1936, págs. 419-471), pág. 440 (el texto continua en el vol. 4, 1937, págs. 1-40). Para evitar algunos problemas que no han de ser tratados aquí, Carnap (ibidem, pág. 440 y sigs.) prefiere la fórmula $C \rightarrow (D \leftrightarrow M)$, i.e.: si un objeto x se sumerge en agua en un momento dado t, entonces si es soluble en agua, x se disuelve en t y si x no es soluble en agua, entonces no se disuelve.

Si trasladamos la fórmula de la disposición a los principios, entonces podría sostenerse que una norma N_2 presenta la propiedad (disposicional) de ser un principio (D) si y sólo si en el caso de que N_2 entrara en conflicto con otra norma de mayor peso N_3 (C), entonces N_2 no sería aplicada (M). Esta concepción disposicional de la distinción entre reglas y principios permite la resolución de problemas de discontinuidad entre los aspectos ontológico y funcional. Los principios podrían presentar una serie de propiedades en un plano ontológico (su base), causantes de su disposición, que sólo se *manifestarían* en el plano funcional en ciertos casos (la inaplicación de N_2 causada por su conflicto con N_3 de mayor peso). El hecho de que una disposición no se manifieste no significa que sea irrelevante. Dos son las preguntas cruciales una vez establecido este marco: ¿En qué consiste precisamente la propiedad de ser un principio? y ¿cuál es la base de la propiedad disposicional de ser un principio?

¿En qué consiste precisamente la propiedad de ser un principio? Me parece que el enunciado "la norma N es un principio" equivale a "la norma N es derrotable"[33]. La

[33] Me he referido a algunas implicaciones conceptuales y normativas de la derrotabilidad de las normas en mi trabajo "Principios y derechos fundamentales" (en J.

derrotabilidad es, en efecto, una propiedad disposicional[34]. Esto significa, brevemente, que una norma completa (determinada en un momento t_n) podría no ser aplicada en t_{n+1}, debido a la aparición de una nueva excepción en t_{n+1}. Por tanto, como hemos visto, las excepciones a una norma no sólo pueden hallarse dentro del sistema jurídico en t_n (estas excepciones son irrelevantes en términos de derrotabilidad), sino que también pueden surgir posteriormente. Por tanto, las excepciones relevantes de los principios no son las relativas al sistema jurídico en un momento t_n, sino aquellas relevantes en el caso en el momento t_{n+1}. Como hemos visto, en la medida en que una norma como el art. 582 C.C. pueda ser considerada derrotable, como resultado del efecto de irradiación de la constitución, la dicotomía reglas/principios declina en los estados constitucionales en términos funcionales, pero esto no significa que carezca de todo significado.

Betegón & al., eds., *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, págs. 235-268) (una versión similar ha sido publicada en D*iritto e questioni pubbliche,* 3, 2003, págs. 197-227 http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-3/studi/D_Q-3_studi_Figueroa.pdf).

[34] C.E. Alchourrón, "On Law and Logic" (en *Ratio Iuris*, 9, 1990, págs. 331-48), pág. 342 y sigs.

¿Cuál es entonces la base de la propiedad disposicional de ser un principio? ¿Cuál es la base de la derrotabilidad de una norma jurídica? En mi opinión, la propiedad de una norma que la convierte en inaplicable en un caso específico, esto es, la causa de su derrotabilidad, surge de la conexión de la norma con la ética. La derrotabilidad jurídica tiene bases éticas. Si una norma presenta un contenido ético, entonces su aplicación está controlada por el discurso práctico general. Si asumimos esto y que el discurso práctico es derrotable también, entonces la derrotabilidad del discurso práctico general implica la derrotabilidad del razonamiento jurídico. En un estado constitucional toda norma tiene una base ética por virtud del efecto de irradiación. De este modo, la diferencia entre reglas y principios puede explicarse en términos disposicionales pero no funciona estrictamente en los estados constitucionales. Por esta razón la distinción entre reglas y principios en un estado constitucional parece más débil de lo que Alexy sostiene y más fuerte de lo que la tesis de la conformidad opina. Veamos algunas consecuencias de esta idea.

5. Excepciones (relativas a la razón práctica) en el caso en cuestión

Más arriba hemos visto a través del caso del art. 582 C.C. algunos de los problemas

que surgen cuando una teoría basada en una fuerte ontología de las reglas ha de explicar la interacción entre reglas y principios en un Estado constitucional. Sin embargo, las excepciones pueden tener un origen diverso del sistema jurídico en un momento dado. Como se ha sugerido, incluso cuando la norma completa ha sido reconstruida en cada momento t_n, pueden surgir sucesivas nuevas excepciones en t_{n+1}, que no están justificadas por normas del sistema jurídico sino más bien por *razones* aducibles en un caso concreto y que no estaban previstas en el sistema jurídico en t_n, pero que son relevantes en t_{n+1}. Desde este punto de vista, los principios podrían expresarse por medio de condicionales derrotables. Para ver esta cuestión, veamos un ejemplo del propio Robert Alexy[35].

El caso Titanic es un caso de conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor. La cuestión es si el Tribunal Constitucional Federal alemán debería haber dado la razón a la revista satírica *Titanic*, la cual había recurrido la decisión que la obligaba a indemnizar a un oficial en la reserva parapléjico al que se habían referido en un número como "asesino nato" (*geb. Mörder*) y

---

[35] Véase R. Alexy, *Epílogo*, pág. 53 y sigs.; R. Alexy, "Sobre los derechos constitucionales a protección", en este libro, pág. 61 y sigs.

más tarde "tullido" (*Krüppel*). El Tribunal Constitucional Federal alemán dió la razón a *Titanic* en el primer caso, pero no en el segundo. Llamar a un oficial "asesino nato" representaría una lesión moderada o leve del derecho al honor del oficial que no puede prevalecer sobre la lesión grave del derecho a la libertad de expresión de la revista *Titanic*. Por el contrario, llamar al oficial "tullido" es una lesión grave a su derecho al honor que prevalence sobre el derecho a libertad de expresión de la revista. Si tomamos como referencia el derecho al honor y asumimos que la disposición jurídica pudiera formularse así:

N_4: "Quien vea violado su derecho al honor, debe ser protegido"

La aplicación de N_4 permite en principio expresar el razonamento por medio de un silogismo práctico:

Quien vea violado su derecho al honor, debe ser protegido

Quien sea llamado "tullido" ve violado su derecho al honor

El oficial A ha sido llamado "tullido"

∴ El oficial A debe ser protegido

Sin embargo, el derecho a la libertad de expresión prevalece sobre el derecho al honor cuando el oficial es llamado "asesino nato". Como consecuencia, este silogismo práctico ya no funciona: llamar a un individuo "asesino nato" viola su derecho al honor, el oficial A es llamado "asesino nato", pero el oficial A no debe ser indemnizado.

Como podemos ver, la aplicación de N_4 no siempre permite su reconstrucción a través de un razonamiento *modus ponens* porque no puede garantizarse su monotonía, su estabilidad. En otras palabras, dado que tomamos en consideración la intensidad de la lesión de los derechos en conflicto, y que los ponderamos, la subsunción ya no es válida. Por tanto, no siempre que el derecho al honor de alguien es afectado, debe ser indemnizado y ello porque las excepciones no pueden ser determinadas exhaustivamente *ex ante* en el sistema jurídico. Si llamamos α al conjunto de todos los enunciados jurídicamente relevantes que exceptúan la aplicación de un principio (Jx, Kx, Lx, Mx…), la aplicación de la norma completa que derivaría de N_4 podría ser representada así:

$(x)\ Fx \wedge \neg\ \alpha x\ \rightarrow OGx$
$Hx \rightarrow Fx$
Ha
OGa

El problema reside pues en cómo determinar el conjunto de excepciones α. Esta determinación corresponde a una teoría del derecho que defina las excepciones intrasistemáticas (i.e. las excepciones relativas al sistema jurídico en el momento t_n) y corresponde a una teoría de la ponderación que en la llamada justificación externa debe justificar la configuración del conjunto α en la premisa normativa del razonamiento en t_{n+1} (excepciones relativas al caso). En este contexto, afirmar que la norma es derrotable equivale a afirmar que el conjunto de excepciones α no puede ser determinado en t_n. Siempre es posible que surjan en t_{n+1} futuros casos (como llamar a alguien "asesino nato") en que la lesión del derecho fundamental al honor sea insuficiente para dar lugar a indemnización. La cuestión es entonces cómo determinar el conjunto de excepciones α en t_{n+1} y ello requiere una teoría del derecho.

De acuerdo con una teoría positivista del derecho[36], α comprende solamente un conjunto de normas jurídico-positivas determinables en t_n. Sin embargo, la teoría de Alexy no es una teoría positivista[37]. Según Alexy, el derecho y la moral presentan relaciones concep-

---

[36] Por ejemplo, J. Rodríguez mantiene esta idea en "La derrotabilidad de las normas jurídicas" (en *Isonomía*, 6, 1997, págs. 149-167).

tuales y esto implica que la extensión del conjunto de excepciones es relativa no sólo al sistema jurídico-positivo, sino también al sistema normativo del discurso práctico general que puede proporcionar *nuevas* excepciones al *caso*. Esta opinión será adoptada aquí.

Desde este punto de vista, la derrotabilidad de los enunciados jurídicos tiene bases éticas[38] y por esta razón el razonamiento jurídico basado en principios jurídicos da lugar a decisiones que no son constantes, dan lugar a inestabilidad en las decisiones. ¿Significa esto que la racionalidad es ajena a esta actividad? Sinceramente creo que no. En realidad me parece que cabe una analogía entre principios jurídicos y términos indexicales. "Ahora", "aquí" y "yo" son indexicales. "Ahora" puede referirse a muchos momentos, "aquí" a innumerables lugares y "yo" a un infinito número de personas. Pero esto no significa

---

[37] Vid. R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, cit., cap. I. Es también relevante aquí recodar que Alexy sostiene una teoría externa y no interna de la teoría sobre las restricciones de derechos fundamentales (R. Alexy, *Teoría*, pág. 267 y sigs.).

[38] Sobre esta cuestión, vid. B. Celano, "«Defeasibility» e bilanciamento. Sulla posibilità di revisioni stabili" (en *Diritto e questioni pubbliche*, 2, 2002, págs. 36-46, http://www.dirittoequestionipubbliche.org/D_Q-2/contributi.htm.)

que cualquier momento sea *ahora*, que cualquier lugar esté *aquí* o que cualquier persona sea *yo*. Existen reglas que regulan el uso de estos indexicales aunque exista un gran número de posibles referencias según el contexto. Los derechos fundamentales funcionan en este sentido como si fueran indexicales. El derecho al honor da lugar a un gran número de soluciones pero no a cualquier solución y ello es, desde el punto de vista aquí adoptado, la base de su derrotabilidad.

Esta conclusión implica dos consecuencias: la primera es que en la medida en que esta base ética puede hallarse en las reglas (y más aún, en la medida en que las reglas están sometidas al efecto de irradiación o impregnación), la distinción entre reglas y principios se debilita en los estados constitucionales. La segunda consecuencia podría describirse así: un derecho fundamental tal como el derecho al honor puede tener un referente variable o relativo (a veces nos protege de ciertas lesiones y en otras no es así). Sin embargo, esto no significa que no exista objetividad en el ámbito de la aplicación de reglas procedimentales del discurso que controlen la aplicación de derechos fundamentales. ¿Qué hace tal objetividad posible? La posibilidad de objetividad en el ejercicio de ponderación descansa sobre la posibilidad de objetividad en la razón práctica. Como es sabido, Alexy es un racionalista

que con su teoría del discurso aboga por una fusión de objetivismo y relativismo.

De este modo nos hemos desplazado desde un problema jurídico-positivo a un problema de filosofía moral. Desde una perspectiva no positivista, si queremos determinar el conjunto de excepciones α, entonces tenemos que establecer cómo la razón práctica determina estas excepciones, lo cual representa en la teoría de Alexy una consecuencia de la mencionada "tesis del caso especial". De nuevo la sistematicidad de la teoría de Alexy aconseja evitar un tratamiento aislado del problema de la ponderación. La concepción de Alexy de la razón práctica es una concepción procedimental: la teoría del discurso. Como es sabido, la teoría discursiva propone un procedimiento racional para la determinación de respuestas a las cuestiones morales. Desde este puno de vista, la teoría del discurso es una teoría ética constructivista[39]. Las soluciones morales no pueden hallarse *ahí fuera*. Por tanto, quienes toman parte en el discurso racional deberían llegar a acuerdos siguiendo las reglas de la argumentación racional. Con su *Teoría de la argumentación jurídica,* Alexy nos propone las bases para un "código

[39] Véase C.S. Nino, *El constructivismo ético* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989), cap. V.

de la razón práctica"[40]. Sin embargo, tal código no es sustantivo sino procesal[41]. Esto significa que el universo moral de Alexy aspira a conseguir una respuesta racional, pero no absoluta; un espectro de respuestas correctas y no una única respuesta correcta. De este modo el resultado del discurso no es ni absolutamente relativo ni absolutamente objetivo. Es relativo en la medida en que está condicionado por las pecualiaridades de los participantes y es objetivo en la medida en que está gobernado por reglas[42].

Si la derrotabilidad de los principios jurídicos tiene bases éticas (esto es, las reglas de la razón práctica forman parte de α) y las bases éticas son discursivas (esto es, las reglas de la razón práctica incorporadas a α son procedimentales), entonces la derrotabilidad es relativa al discurso y como resultado de ello es relativo a los participantes en él. Esto

---

[40] R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pág. 185.

[41] Véase A. García Figueroa, "Kant y Alexy: reglas, principios y unidad del discurso práctico. Una lectura actual de la filosofía jurídica kantiana" (en A. Castro & al., eds., *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el Bicentenario de su muerte*, Sevilla, Lagares, 2003, pág. 197 y sigs.).

[42] R. Alexy, "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica" (trad. C. de Santiago, en E. Garzón Valdés, ed., D*erecho y filosofía*, Barcelona-Caracas, Alfa, 1985), pág. 52.

explica la insatisfacción que provoca la subsunción como modelo para reconstruir el razonamiento jurídico basado en principios jurídicos. En consecuencia, la insatisfacción parece tener su origen no tanto en las excepciones relativas al sistema normativo, ni en las intensidades expresadas por los derechos fundamentales, sino más bien en el hecho de que tales intensidades deberían en última instancia definirse de acuerdo con una teoría del discurso. Finalmente, el problema de la ponderación debería resolverse (con independencia de la estructura con que se formule) de manera relativa a los participantes en el discurso y ello significa que el resultado puede variar en t_n y en t_{n+1}.

6. Conclusión

Hemos visto diversos argumentos contra la tesis fuerte de la separación entre reglas y principios, pero también contra la tesis de la conformidad en los estados constitucionales. La tesis fuerte de la separación es problemática en el estado constitucional de derecho, tal y como ponen de relieve el dilema del caballo de Troya y la conexa paradoja de las teorías principialistas. La tesis de la conformidad por su parte parece ignorar que seguramente deben existir algunas diferencias ontológicas entre reglas y principios a pesar de que sólo se *manifiesten* funcionalmente cuando se apli-

can. ¿Cómo pueden ambas tesis parecer acertadas y equivocadas? Existen dos aspectos de la distinción entre reglas y principios que conviene subrayar para explicarlo: la distinción entre reglas y principios es intrínsecamente pragmática y es intrínsecamente disposicional.

La distinción es intrínsecamente pragmática. La diferencia entre reglas y principios presenta un parecido de familia con la distinción entre casos fáciles y casos difíciles[43]. En un plano puramente teórico, sería difícil distinguir entre casos fáciles y casos difíciles de una manera absoluta. Cualquier caso *puede* ser difícil, puesto que cualquier caso es *potencialmente* (disposicionalmente) problemático. Sin embargo, en un nivel pragmático, en el nivel en que los juristas trabajan, los casos fáciles y difíciles son distinguidos con cierta claridad. Esto explica la dificultad para situar la distinción entre reglas y principios en un plano ontológico. La distinción rige en un plano funcional, en un plano

[43] X.R. Bengoetxea, N. MacCormick y L. Moral escriben que "(l)a distinción entre casos claros y casos difíciles es pragmática" ("Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice", en G. de Búrca y J.H.H. Weiler, *The European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pág. 55). Me refiero a esta cuestión en mi trabajo *Principios y positivismo jurídico*, cit., pág. 204 y sigs.

pragmático, y teniendo en cuenta las especificidades del estado constitucional. El aspecto disposicional de la distinción puede ayudarnos a comprender este aspecto pragmático.

La distinción es intrínsecamente disposicional. En los estados constitucionales toda norma jurídica deviene derrotable. Algunas normas (derechos fundamentales) son *directamente* derrotables; otras son *indirectamente* derrotables a través del llamado efecto de irradiación de los derechos fundamentales. No importa cuán a menudo (si alguna vez lo hace) tal disposición se manifieste. La cuestión es que, como resultado del efecto de irradiación, *toda* norma tiene la *disposición* de tener una excepción *ex post* sobre bases constitucionales y éticas porque en los estados constitucionales toda norma presenta finalmente una base ética. La derrotabilidad jurídica en los estados constitucionales es una mera consecuencia de la derrotabilidad práctica bajo la teoría del discurso.

Que toda norma, sea cual fuere su estructura, sea derrotable en los estados constitucionales significa que la tesis fuerte de la separación entre reglas y principios no puede ser detectada en un plano ontológico, sino en el plano funcional, donde disposiciones como la derrotabilidad se manifiestan. Pero la pro-

pia noción de disposición presupone ulteriores diferencias ontológicas en las normas (la base de su derrotabilidad). Sin embargo, si la base de tal derrotabilidad consiste en la base ética de las normas bajo el estado constitucional, entonces la diferencia no tiene su origen propiamente en la estructura de las normas sino en el sistema jurídico al que pertenecen. La dicotomía correcta en el estado constitucional no se da entre principios y reglas sino entre normas bajo un estado constitucional y normas bajo un estado no constitucional.

REIVINDICACIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

Celestino Pardo

Sumario:

1. El modelo combinado de reglas/principios
2. La ejecución de fines o valores
3. Necesidad de la ponderación
4. Los costes de la inestabilidad
5. Las particularidades del sistema español
6. ¿Leyes o medidas?
7. Derechos subjetivos *versus* intereses legítimos
8. Observaciones finales

1. El modelo combinado de reglas/principios

1.1. El modelo "puro" de principios, porque por hipótesis no conoce reglas (Alexy, *Teoría*, pág. 138), sustituye un orden jurídico de derechos por otro de decisiones o sentencias: es decir, flexibiliza decididamente la estática del sistema para incrementar su carga dinámica[1], con el consiguiente aumento de

[1] H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México, UNAM, 1979), pág. 203.

incertidumbre y, por tanto, de los costes de gestión ("desformalización de la constitución")[2]. Este modelo no es aplicable a nuestra Constitución: no se toma en serio la sujeción de todos los poderes públicos a las libertades y derechos fundamentales; en definitiva, sustituye "vinculación por ponderación" (*Teoría*, pág. 117). La originalidad de la construcción de Alexy consiste precisamente en que, como el mismo dice, opta por un modelo "combinado" de reglas y principios. Estamos, por tanto, ante un modelo "mixto" o intermedio entre los estrictamente "duros" y los "blandos" (pág. 100, nota 58), que introduce, en el sistema jurídico, sólo una moderada dosis de incertidumbre, esto es, una indeterminación de alcance limitado o parcial.

1.2. La existencia de reglas, y no sólo de principios, pretende, en efecto, anclar la deriva indefinida del sistema puro de principios. La diferencia entre reglas y principios no es de grado sino cualitativa, de naturaleza, y resulta del contenido semántico de las normas que los recogen.

---

[2] E. von Hippel, *Grenzen und Wesengehalt der Grundrechte* (Berlín, Duncker & Humblot, 1965), pág. 15 y sigs.

Las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no[3]. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que exige, ni más ni menos: por ello las reglas, al contrario que los principios (que son sólo mandatos de "optimización"), contienen determinaciones precisas en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible de los que deriva la imposición de un *deber categóricamente determinado* (pág. 87). Por ello, cuando una regla impone un *deber* y no admite ninguna excepción, si a ese deber corresponde un derecho, entonces ese derecho será siempre un *derecho definitivo*. Al contrario, los derechos que otorgan los principios siempre son sólo *provisionales* o *prima facie* (los civilistas hablarían quizás de meras expectativas o simples derechos posesorios) (pág. 103).

1.3. Sin embargo, aunque pueda parecer que las reglas, en el modelo alexyano conservan su fuerza o resistencia típica frente a posibles postergaciones, o derogaciones más o menos encubiertas (pág. 101), lo cierto es que entre el nivel de reglas y principios no hay una "relación estricta de precedencia" (pág. 135). Siempre es posible, con motivo de la decisión de un caso, introducir en las reglas

---

[3] La distinción ya en R. Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel, 1993), págs. 74-76.

una cláusula de excepción. Y no sólo eso: "en contra de lo que piensa Dworkin, las cláusulas de excepción introducibles en las reglas sobre la base de principios ni siquiera son numerables". Nunca se puede estar seguro de que, con ocasión de un nuevo caso, no haya que introducir una nueva cláusula de excepción (pág. 100).

Por lo demás, como detrás de cada derecho fundamental hay siempre un principio (pág. 130), las reglas normalmente cumplen una limitada función: su misión se reduce a hacer de gozne entre las exigencias contradictorias de principios contrapuestos. Con este fin establecen las oportunas limitaciones que permitan encontrar un punto de engarce o equilibrio entre ellos, por lo que, en la práctica, contienen sólo restricciones ("carácter doble de las normas de derecho fundamental") (pág. 133). Restricciones que, por hipótesis, siempre tienen carácter "incompleto" y por ello no ofrecen firme apoyo (págs. 134-135), ya que ceden siempre que eventualmente entren en colisión con los valores esenciales del ordenamiento, es decir, con los "fundamentos del orden político y social", que, de este modo, se erigen en una "cláusula tácita", pero eminente, de restricción de todo tipo de reglas y derechos (art. 10 de la Constitución española con función equivalente al art. 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn.

1.4. En resumen, el modelo no descansa sobre un soporte rígido. La "regla de precedencia de las reglas sobre los principios siempre decae cuando concurran razones lo suficientemente fuertes para que determinaciones diferentes de las tomadas, en el nivel de reglas, justifiquen su desplazamiento. En estos casos, el principio de sujección a la constitución" se resiente gravemente: las reglas no vinculan realmente, lo que habilita al intérprete para apartarse de su texto literal (pág. 135). No interesa ahora si todos los principios, apoyados en suficiente argumentación, pueden vencer a todas las reglas, lo cierto es que algunos sí pueden hacerlo, con lo que el modelo alexyano transita insensiblemente de un modelo duro a otro blando en función de la solidez de las razones ofrecidas por las partes en defensa de sus encontradas posturas.

No encuentro, por ello, diferencia significativa entre la propuesta alexyana y la hecha por Schlink, cuando dice que los "derechos fundamentales (*ergo*, los principios) no son otra cosa que reglas de la carga de la argumentación" (pág. 101, texto y nota 59). Dicho llanamente, en terminología del derecho procesal, son sólo presunciones, es decir, sim-

ples inversiones, si se me apura, más de la carga de la demanda que de la prueba[4].

1.5. La consecuencia inevitable de todo esto no podía ser otra que la definición de los derechos fundamentales como un "todo" (*Gefüge*), mejor sería decir como un proceso, en que se mezclan un haz de posiciones definitivas y provisionales (*prima facie*) vinculadas recíprocamente, que habrán de estructurarse finalmente de manera distinta en cada caso y, por ello, necesitan concreción (págs. 242-243). El contenido final del derecho fundamental dependerá, en consecuencia, de la intermediación de un proceso de transformación (es decir, de interpretación y aplicación del derecho) en cuya virtud se determine la estructura vinculante, adecuada y pertinente (*ad hoc*), de posiciones definitivas.

1.6. La estructura resultante, en que cristaliza su recíproca vinculación, no será, sin embargo, fruto de una operación de jerarquización, ordinal o cardinal, sino de un complejo proceso que exige el establecimiento de las oportunas relaciones de "precisión", de "medio/fin" y de "ponderación" entre las diferen-

---

[4] L. Rosenberg, *La carga de la prueba* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956), pág. 39.

tes posiciones que entran en contacto. La novedad de la propuesta está, por tanto, en que el operador jurídico, para fijar el deber normativo contenido en la disposición constitucional y dictar el fallo u mandato final, no sólo deberá servirse de procesos de clarificación lógica (de "precisión" diría Alexy (pág. 243)[5], o interpretación finalística[6], incorporados éstos ya en alguna medida a la dogmática tradicional, sino también del método de ponderación, que no busca otra cosa que jerarquizar los principios enfrentados mediante juicios argumentados que establezcan entre ellos preferencias condicionadas (*ad hoc*).

2. La ejecución de fines o valores

2.1. La función más característica del derecho formal (es decir, del derecho formulado de modo general) fue siempre impedir el contacto directo del juez del caso con la justicia abstracta. En el estado legislativo, la necesidad e importancia de intermediación legal nunca se confundió con la meramente doctrinal. La razón es que la ley produce y

---

[5] Véase K. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho* (Barcelona, Ariel, 1994), pág. 37, con cita expresa de las posiciones de Savigny.

[6] K. Larenz, *Metodología*…, cit., págs. 68-70, con referencia a la obra de Ihering.

establece, por tanto, la vinculación más fuerte para el intérprete; por algo nuestro Tribunal Supremo y la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil sólo permitían, para motivar la casación, la alegación de "doctrina *legal*". Tradicionalmente, sin embargo, se viene aceptando que los métodos ortodoxos de interpretación (literal, lógico y sistemático) esconden o "contienen necesariamente un elemento productivo"[7]. En la práctica, en efecto, los juristas formulan teorías para la obtención de nuevas reglas que, por tanto, tienen una función explicativa pero, ante todo y sobre todo, heurística.

El paso de la sistemática de conceptos a la sistemática de valores implica, sin embargo, algo más. Constituye un salto cualitativo importante que afecta al principio de vinculación (del juez) y, por tanto, al control del proceso de decisión o aplicación: esto es, afecta al principio formal de "respeto a la ley" que, en nuestro sistema, al contrario que el alemán, está entre los "fundamentos del orden político y social"; y lo afecta, porque las razones que hay que hacer servir cuando se persigue la consecución o realización de fines, forzosamente deben abrirse, como vere-

---

[7] C. W. Canaris, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas* (Madrid, Civitas, 1995), pág. 30.

mos, al uso o utilización de criterios o razones de naturaleza extra-jurídica.

2.2. La incorporación de valores como criterios últimos de decisión (tal como, según algunos, postula, por ejemplo, el art. 1.3 de nuestro Código Civil) implica ya, por lo pronto, el paso de un estado legislativo a otro jurisdiccional (o simplemente gubernativo), es decir, envuelve *de facto* una verdadera mutación constitucional. La razón es sencilla: el contenido de las normas constitucionales, que estructuran la división de poderes, se habría modificado sin que lo hubiese variado el texto correspondiente[8]. Pero no sólo implicaría eso, hay algo todavía más importante. Las teorías fuertes de principios conducen a lo que se ha llamado la "tiranía de los valores"[9].

2.3. La subordinación de la ley al valor, que pretendidamente le subyace, no sólo permite un uso irrestricto de la interpretación correctora del texto legal ("reducción teleológica") (pág. 100). La supremacía absoluta de los valores implica, sobre todo, una especie de *comisión ilimitada para la acción* para que, a la vista a las circunstancias (que

---

[8] K. Hesse, *Escritos de derecho constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983), pág. 45.

[9] C. Schmitt, "La tirannia dei valori" (en *Rassegna di diritto publico*, 1, 1970, págs. 1-28).

pasan a integrar así el supuesto de hecho implícito en todo mandato normativo), se le permita prescindir al operador (¿cabría seguir llamándole juzgador?), en cuanto obstaculicen la consecución de los fines perseguidos, de derechos de terceros –por muchos e importantes que sean– ya que, como es sabido, el precio a pagar, para realizar valores absolutos, nunca es demasiado alto[10]. Todo ello, en el fondo, implica, y por tanto exige, la transformación de la jurisdicción en ejecución[11].

2.4. La ejecución, en efecto, necesita un espacio libre para la acción (función del previo proceso de declaración), despejado de toda clase de obstáculos jurídicos que puedan ofrecer algún tipo de resistencia. La ejecución se guía exclusivamente por su fin, es decir, la consecución de un resultado determinado. De ahí que la elección de los medios quede siempre al arbitrio del ejecutor: no importan las consideraciones jurídicas sino la puesta en acción de los medios apropiados para lograr un éxito concreto en un caso determinado. En el proceso de ejecución, al contrario que el de declaración, se hacen servir medios cuya

---

[10] Véanse las observaciones de N. Luhmann, *Fin y racionalidad en los sistemas* (Madrid, Editora Nacional, 1983), pág. 243 y sigs, y págs. 101-102.

[11] Sobre directrices o medidas, véase M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos* (Madrid, Trotta, 2000), págs. 18-19.

correción radica exclusivamente en su conveniencia, en su adecuación al objetivo pretendido.

Cuando domina exclusivamente el fin, caen todos los entorpecimientos de derecho: solamente importa la necesidad de conseguir el propósito perseguido, lo que implica la independización del fin respecto del derecho. El derecho general y la ley abstracta, por tanto, como no se pliegan por hipótesis a las particularidades o especialidades del caso concreto, se transforman en frenos (o rémoras) para un proceder simplemente finalista o técnico.

2.5. En resumen, si los derechos son sólo medios, y los medios se subordinan a los fines, el que ejecuta los fines deberá elegir los medios, es decir, fijar su jerarquía en función de su mejor o peor aptitud para la consecución de los objetivos perseguidos. Lo que necesariamente implica la facultad de subordinar los derechos reconocidos a la justicia del caso (*fiat iustitia, pereat mundus*). *Serán las circunstancias (es decir, las relaciones de poder)* las que, a la hora de imponer las irrenunciables convicciones o superiores valores, determinarán en cada caso el alcance de los derechos que se interpongan en su camino, y no la norma (que pasa a ser un juicio hipotético o técnico subordinado al fin que persigue), con lo que se resucita, bien que en

otra nueva veste, la "fuerza normativa de lo fáctico" e, inevitablemente, se confunden derecho y poder[12]. Este, en efecto, parece ser, exactamente, el significado jurídico preciso que se oculta tras la manoseada palabra "dictadura" (la subordinación de los derechos al fin): la práctica jurídica, dependiente de valoraciones con un único criterio, presenta, en efecto, "rasgos de fanatismo", pero hay dictadura sea el criterio (finalista) único o variable y cambiante (pág. 144). En cualquier caso, la fuerza normativa de la legislación, y la vinculación consiguiente (*dura lex sed lex*), se vendría abajo. La jurisdicción deja de ser un *pouvoir* neutro, *en quelque façon nulle*, y se constituye en un poder activo: lo categórico se transforma en hipotético.

---

[12] A este orden de ideas corresponde la famosa afirmación de que "todo está perdido cuando las condiciones empíricas –por ende, contingentes– de la ejecución de la ley se convierten en condiciones de la ley misma, por tanto cuando una práctica calculada en orden a un resultado probable –probable con arreglo a la experiencia que se acumuló *hasta la fecha*– queda autorizada para dominar la teoría, que es subsistente por sí misma" (I. Kant, *Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 1993, pág. 6).

3. Necesidad de la ponderación

3.1. La teoría absoluta de los valores debe, por ello, ser matizada si se quiere estabilizar el orden jurídico y temperar el "movimiento" o la dinámica en una cierta estática, en vista a asegurar alguna previsibilidad en el contenido de las "salidas" (es decir, órdenes finales) del sistema. Ahora bien, un orden de valores o principios que fije la decisión iusfundamental en todos los casos de manera intersubjetivamente obligatoria sería desastroso (pág. 156): según Alexy, nunca es recomendable, aunque sea posible, establecer relaciones de precedencia absoluta entre los principios. Un orden jerárquico abstracto tiene consecuencias fatales (pág. 154), lo que necesariamente obliga a la postulación de otro modelo de naturaleza distinta.

3.2. La articulación de los principios en un orden manejable exige, más bien, la fundamentación (no la afirmación) de enunciados de preferencia que sirvan, a su vez, para la formulación de reglas relativamente concretas que pasarán a estar adscritas a las disposiciones fundamentales (pág. 159). En efecto, para catalogar como válida una norma de derecho fundamental directamente estatuida, basta la referencia a la positivización. En el caso de las normas adscritas, tal referencia está excluida por definición: una norma ads-

crita sólo vale, y es norma de derecho fundamental, si, para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente, es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta (pág. 71).

3.3. El problema, por tanto, se reduce a encontrar y definir un modelo de "argumentación racional" que asegure la corrección de los juicios de preferencia y permita articular, en cada caso, los principios o reglas que entran en colisión en un todo con sentido. La "ley de la ponderación" sería la llave maestra para entrar en este laberinto: "a mayor afectación de un principio, mayor carga de la argumentación sobre la razón de la preferencia del contrario". El peso específico de cada principio no es absoluto sino relativo y se funda en una variante del principio de concordancia práctica (pág. 161, texto y nota 220): no se trata de "o todo o nada" sino de una tarea de optimización.

Llegados a este punto, sólo nos quedaría por dilucidar si, para decidir la relación marginal de sustitución, socialmente conveniente, entre valores enfrentados, los argumentos a manejar seguirían siendo, aunque fuese lejanamente, jurídicos; o, más bien, necesitaríamos de razonamientos estrictamente periciales o técnicos. En efecto, hasta ahora, siempre se ha tomado a broma el dicho de que

la jurisprudencia sea *ars humanarum et divinarum rerum notitia*.

3.4. Alexy nos habla, por ejemplo, de un "campo de acción cognitivo" sobre la efectividad de las soluciones elegidas, que nos permita determinar las consecuencias de las medidas actuales en el *futuro*: es decir, admite problemas de pronóstico (págs. 449-450). La justificación del pronóstico elegido exigiría un control de "evidencia", pasando por un control de "sostenibilidad", hasta un control "intensificado de contenido" (pág. 453). Es claro, sin embargo, que, cuando se entra en la decisión sobre "el futuro" (*novitas regni*), toda propuesta para la solución del pronóstico, en realidad, incluye subrepticia pero forzosamente una propuesta para la distribución (traslación) de competencias entre el tribunal constitucional y el legislador. De esta manera, el problema del pronóstico se transforma en un problema de ponderación entre el respectivo principio iusfundamental, que se intenta hacer preferente por el tribunal y el principio formal de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimada (pág. 454). En cualquier caso, ya hemos visto hasta donde llega, en el modelo alexyano, el principio formal de preeminencia de la ley, incluso cuando se trata de reglas constitucionales.

3.5. Permítasenos, antes de terminar, una larga cita de un conocido procesalista que quizás nos permita aclarar algo más las consecuencias que el principio (mandato) de optimización tendría para la organización de una jurisdicción de esta forma concebida:

> [En principio] el juez debe poseer todos los conocimientos necesarios para extraer del hecho bruto la consecuencia, constituida por la parte dispositiva de la sentencia, puesto que todos los conocimientos tienen, respecto al fin, idéntica importancia: así no cabe decir que sea más útil el conocimiento de la norma jurídica, que constituye la premisa mayor del (…) juicio, que el conocimiento de la norma técnica, que constituya la premisa mayor de un silogismo subordinado o secundario, porque sin ésta y sin aquélla no se obtiene la conclusión, es decir, no se juzga (…). De ahí que la elección de la preparación que haya de darse al juez, o sea la elección de los jueces de entre hombres preparados en esta o aquella rama técnica, sea una cuestión política: *se trata en sustancia de valorar qué suma de conocimientos debe emplear normalmente el juez, es decir, que clase de conocimientos le sea normalmente suficiente para la ejecución de su cometido*. Y, como normalmente importan más los conocimientos jurídicos, se quiere que el juez sea jurisperito. *Ello no excluye que en determinados campos puedan asumir mayor importancia conocimientos diversos, pero entonces la elección del juez deberá hacerse con crite-*

rios distintos: ésta es una de las causas (…) *de la constitución de jurisdicciones especiales en que el tribunal está formado por componentes técnicos*[13].

Hasta ahora, *los especialistas, por lo demás responsables, en decisiones sobre el futuro, eran precisamente, por razones sociológicas y políticas, los políticos* (más en concreto, los diputados de los parlamentos que cuentan, como es sabido, con una fortísima legitimación democrática); especialmente procedente cuando las previsiones han de formularse o articularse a través de un marco normativo, esto es, de alcance general y vocación de cierta permanencia.

4. Los costes de la inestabilidad

4.1. Un planteamiento como éste implica y, por tanto, obliga necesariamente a que el tribunal constitucional, antes de resolver el conflicto planteado, defina, en mayor o menor medida, la norma adscrita a la disposición del derecho fundamental base, por la que debe resolver y, por tanto, que tendrá que aplicar[14].

---

[13] F. Carnelutti, *La prueba civil* (Buenos Aires, Depalma, 1982), pág, 78, nota 131 (la cursiva es nuestra).

[14] E. W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales* (Baden-Baden, Nomos, 1993), págs. 41-42 y nota 113.

Lo que, en la práctica, exige reconocer a las sentencias del tribunal constitucional, eficacia constitutiva de normas (sub)constitucionales[15]. Esta conclusión, implícita en el modelo alexyano en el concepto, a que antes hemos hecho referencia, de "norma adscrita", no es, sin embargo, irrelevante. En el plano práctico, esta traslación de competencias (tribunal legislador) va a determinar que, cuanta mayor sea la incertidumbre *ex ante* del presunto derecho, menor será su valor; y también mayor la fuerza (constitutiva), y por tanto el plus-valor (jurídico) que agreguen, las resoluciones que fijen las posiciones definitivas, que integrarán finalmente el derecho cuya titularidad se discute.

4.2. No sólo eso. Un derecho al óptimo (tal como se ha descrito) necesariamente envuelve cierta contradicción: su contenido no consiste en un estado de cosas determinable de antemano y por tanto cuantificable previamente; al contrario, varía en cada caso y, por tanto, depende de las circunstancias. En abstracto, estamos sólo, más bien, ante una banda o gama de posibles estados finales que, en abierta contradicción con la pretensión de

---

[15] C. Schmitt, *La defensa de la constitución* (Madrid, Tecnos, 1983), pág. 93; también, por otras razones, F. Rubio Llorente, *La forma del poder* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), pág. 484.

ser el óptimo, al final refleja un simple promedio estadístico, es decir, constituye una variable casual con una distribución de probabilidad[16]. Por tanto, en la práctica, el óptimo funciona siempre, por el descuento previo de la posible varianza, como un subóptimo[17]. El derecho tradicional conocía la propiedad *ad gustum* o a prueba, derechos a una calidad media, obligaciones alternativas, incluso de resultado, pero siempre con un contenido preciso y determinado. Ahora, en cambio, cada bien o derecho se mueve en una banda de posibilidades en que cada una expresa el rango de determinada probabilidad: la pretensión a algo semejante no es un derecho subjetivo.

4.3. No debería ser necesario advertir (sea dicho de pasada) sobre las consecuencias de esta construcción cuando, como en este caso, debido a su incorporación al catálogo de

---

[16] Arrow, "Bienestar ecónomico y asignación de recursos a la invención" (en D. M. Lamberton, ed., *Economía de la información y del conocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977), pág. 139.

[17] Para la toma de decisiones en un marco de incertidumbre, véanse los trabajos ya clásicos (accesibles en italiano) de H. A. Simon, "Un modello comportamentale di scelta razionale" (en Id., *Causalitá, razionalitá, organizzazione*, Bolonia, Il Mulino, 1985), págs. 133-134; y, en el mismo volumen, "La formazione razionale delle decisioni nelle organizzazioni aziendale", págs. 290-291.

derechos fundamentales, haya que aplicar el modelo a un derecho civil, como el de propiedad (sobre todo si su contenido constitucional se lo entiende en un sentido amplio)[18], en una época en que los activos patrimoniales constituyen el soporte final sobre el que se hacen recaer todos los riesgos que necesariamente arrastran los mercados. Las garantías inseguras son, por hipótesis, una contradicción y el análisis empírico demuestra suficientemente (subastas judiciales y expropiaciones) que la incertidumbre equivale a efectiva desvalorización y, en cualquier caso, multiplica los costes (sociales) de contratación y por tanto de traslación o sustitución de riesgos.

5. Las particularidades del sistema español

5.1. Es por ello que cualquier acentuación de la dinámica del sistema exige, si se quiere reducir la incertidumbre, la articulación del algún tipo de mecanismos compensatorios: uno de los remedios más socorridos ha sido el reforzamiento de la vinculatoriedad del precedente. En efecto, un orden blando, siempre que se quiera mantener la incertidumbre den-

---

[18] M. Wolff, "Reichsverfassung und Eigentum" (en *Festgabe für Wilhelm Kahl*, Tubinga, Mohr, vol. 4, 1923), pág. 5 y sigs.

tro de márgenes soportables, necesita, cuando menos, de una red, lo suficientemente tupida o espesa, de decisiones jurisprudenciales concretas (pág. 157). Ciertamente, en la medida que las decisiones de ponderación son decisiones judiciales, se realizan, normalmente, para la solución de un caso particular. Ahora bien, como de acuerdo con la ley de colisión, sobre la base de la decisión de ponderación, es siempre posible formular una regla, la ponderación en el caso particular y la universalidad no son incompatibles. De poco sirve aquí la objeción según la cual, cuando se trata de ponderación de bienes, en última instancia, sólo se aduce una palabra en contra de otra: se establece más bien, lo que es muy distinto, una regla de preferencia a favor de un principio y en contra de otro (pág. 167). Escasa, con todo, por desgracia, parece ser la fuerza vinculante, y por tanto el protagonismo, que se está dispuesto a reconocer, en nuestro derecho, a los precedentes; después de algunos titubeos, así lo confirma, en efecto, la última jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

5.2. En cualquier caso, una menor varianza en las posibles salidas del sistema viene exigida, en el caso español, por la misma Constitución: no es la misma, desde luego, la fuerza del principio de legalidad en nuestro derecho y en el alemán. El "respeto a la ley"

integra, junto con la dignidad, el desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos (constitucionales) de los demás, el núcleo más duro de nuestro ordenamiento (art. 10 CE puesto en relación con la interpretación que ha hecho la jurisprudencia constitucional del art. 9). La Constitución Alemana, por el contrario, sólo menciona, en su art. 2.1, la tríada compuesta por "derechos de terceros, orden constitucional y ley moral" (pág. 279).

Este dato no puede tomarse a la ligera: la superior rigidez formal de la legalidad, en nuestro ordenamiento, forzosamente impide las florituras del alemán por cuanto se erige en uno de los valores que integra la "cláusula tácita de restricción" de todos los demás principios y derechos (pág. 281). En resumen, la incorporación de la legalidad, como "fundamento del orden jurídico y la paz social", contribuye a reforzar la estructura legislativa de nuestro Estado: en efecto, "cuanto más peso tengan en un ordenamiento los principios formales, tanto mayor será el carácter *prima facie* de sus reglas" (pág. 100).

Es, por ello, que, en nuestro ordenamiento, debe operar sin restricciones el principio formal que, en mi opinión, sin razón constitucional concluyente, se propone para el alemán: tendrá que apoyarse siempre el ejecutivo en una restricción indirectamente constitu-

cional, desarrollada por lo demás en forma de ley, cuando, con apoyo en otros principios constitucionales, pretenda intervenir en un derecho fundamental[19]. Especialmente oportuna, y digna de aplauso, parece en todo caso, por lo demás, esta decidida apuesta constitucional por la legalidad, en un país, convendría no olvidarlo, cuya cultura jurídica se ha gestado en un ambiente tan refractario a su vigencia como el que ha permitido que, durante muchos años, hayan prevalecido argumentos como el "obedézcase pero no se cumpla" o esa extraña veste de los delitos "meramente penales", que tantos estragos ha causado en nuestra conciencia fiscal.

5.3. En fin, para terminar con este punto, sólo insistir en que, por lo que al derecho de propiedad se refiere, esta interpretación resulta refrendada también por el art. 33 CE. Ciertamente es indiscutible que, así como el art. 33.3 prohíbe total y completamente privaciones de la propiedad (ya que ni siquiera se las permite al mismo Estado), el art. 33.2, en cambio, autoriza restricciones de su contenido, indirectamente constitucionales (véase pág. 280, para esta distinción y su aplicación en este caso). La autorización en cuestión no es, sin embargo, un cheque en blanco: del

---

[19] J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik* (Darmstadt, 1977), pág. 23.

hecho de que haya que hacerlas "de acuerdo con las leyes", resulta *a contrario* que no está permitida la imposición de restricciones directas por la administración o jurisdicción, ni tan siquiera indirectas con fundamento en normas de rango inferior al de una ley formal. Dicho de otra manera: como el art. 33.2 CE exige que la delimitación de contenido haya de hacerse de "acuerdo con las leyes", resulta implícitamente que, siempre que entren en conflicto propiedad y función social (bien público), se atribuye todo el protagonismo en el ejercicio de la ponderación exclusivamente al legislador.

6. ¿Leyes o medidas?

6.1. Por lo que, al final, todo se reduce a decidir qué es lo que hay que entender o debe entenderse por "leyes". O lo que es lo mismo, si hay o no un concepto material de ley, en que para serlo, además de abstracta y general, se exija a la norma, sobre todo, que se formule con una vocación de *vigencia indefinida* (racionalidad). Las leyes verdaderamente "legítimas" nunca se confundieron, en el estado de derecho clásico, con las medidas, instrucciones o máximas para una mejor y más rápida consecución de propósitos u objetivos (programas condicionales *versus* programas finalistas)[20]. Las leyes no traen causa en la satis-

facción de fines o deseos (en el lenguaje kantiano), sino en una voluntad racional; en la voluntad racional del estado que la impone, si la ley es jurídica, y, en la del obligado que la sufre, si es moral.

6.2. En efecto, el motivo relevante (para dictarla), que permite definir, y por tanto identificar la legislación jurídica, no es el del obligado por ella (al contrario de lo que pasa con la moral) sino el del estado que la dicta, encargado de positivizar la razón o derecho a que debe servir[21]. Sólo las leyes externas o jurídicas son esencialmente universales e intersubjetivamente vinculantes, de ahí que, para asegurar esta pretensión, necesiten de un *plus* o refuerzo; es decir, necesiten de (ahora sí) "medidas" de ejecución en caso de resistencia o incumplimiento. Las leyes internas o morales, por el contrario, se limitan, más bien, a aspirar a la universalidad y por ello toleran que, en la vida real, *de facto*, muchas veces, sean en la práctica sustituidas por máximas particulares y, por tanto, hipotéticas ("interés egoísta" en los particulares).

---

[20] Sobre ello, P. Giménez Alcover, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann* (Barcelona, Bosch, 1993), pág. 277.

[21] F. Rubio Llorente, *La forma del poder*, cit., pág. 363.

6.3. En conclusión, lo contrario de la legalidad y su derecho no es la regulación "injusta", sino la regulación "casual" de las relaciones humanas, es decir, la regulación que no tiene lugar según leyes externas válidas para todos, sino según máximas unilaterales, que determinan en cada situación qué es derecho, teniendo en cuenta las circunstancias del caso[22]. Sólo las leyes racionales reconocen auténticos derechos, es decir, "un ámbito de actuación legítima determinable *a priori* y perfectamente establecido" (calculable)[23]. Las "leyes" temporales o casuales, las leyes-medida, al contrario, no pueden conceder otros "derechos" que los posesorios o condicionales, es decir, "derechos *ad tempus* o provisionales"; en resumen, meras expectativas. No hay diferencias significativas en la práctica, entre las normas hipotéticas y las normas técnicas, instrucciones o directrices, como reconoce, a pesar de todas sus sutiles distinciones, von Wright[24]. Ya dejó escrito Bodino, y repite hoy Luhmann, que una cosa es la ley y otra la ordenanza[25]. Por ello, su inadecuada generalización, más allá del caso de excep-

---

[22] F. González Vicén, "La filosofía del estado en Kant" (en I. Kant, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005), pág. 104.

[23] Ibidem, pág. 103.

[24] G. H. von Wright, *Norma y acción*: *una investigación lógica* (Madrid, Tecnos, 1970), págs. 29 y 178.

ción o del estado de necesidad[26], no envolvería otra cosa que la "tecnificación" de la jurisprudencia, es decir, la subordinación de los medios (juridicos) a los fines (politicos), esto es, la oficialización de la dictadura[27].

7. Derechos subjetivos *versus* intereses legítimos.

7.1. En definitiva, el concepto de derecho subjetivo de derecho privado, tal como fue perfilado por el pandectismo alemán, que no es más que otra revisión, ahora desde premisas logicistas, del viejo derecho romano, fue y es directamente deudor del concepto de ley kantiano. Los derechos subjetivos o los derechos fuertes (derechos a secas) nacen de las leyes, no de instrucciones o medidas: el criterio de edad, para organizar una cola, no me confiere por mi mayor antigüedad, frente a los demás competidores, un derecho preferente y definitivo para acceder al aprovisionamiento en una situación de escasez; y no lo hace, porque todos los posibles derechos ya adquiridos, ceden en cuanto se encuentre o

---

[25] N. Luhmann, *Fin y racionalidad en los sistemas*, cit., pág. 223.

[26] I. Kant, *Principios metafísicos del derecho* (Buenos Aires, Americales, 1974), págs. 44-45.

[27] C. Schmitt, *La dictadura* (Madrid, Revista de Occidente, 1968), pág. 26 y sigs.

descubra otro criterio mejor para la ordenación de la cola y, por tanto, para una más justa distribución de los bienes.

La pregunta fundamental es cómo de un valor o fin puede surgir un derecho que no sea el derecho al valor o a la consecución del fin, es decir, al sacrificio o destrucción de todos los derechos que obstaculicen la fluida ejecución de las instrucciones adecuadas para conseguirlo[28].

7.2. En resumen, los derechos fundamentales, y por tanto el derecho de propiedad, pueden ser concebidos como derechos subjetivos o como meros principios objetivos. En el primer caso, se necesitan leyes para su desarrollo, en el segundo, basta con directrices, instrucciones o medidas. De principios objetivos, y sus medidas de ejecución o desarrollo, resultan sólo intereses (efectos) reflejos, no derechos subjetivos. Los intereses reflejos, al contrario que los derechos definitivos, existen en tanto subsista la norma que los reconoce, de la que, por tanto, son abso-

[28] Véase N. Luhmann, *Fin y racionalidad en los sistemas*, cit., pág. 287: "mientras que la solución operacional de problemas se aprovecha de las ventajas de la empírica, la solución calculable busca en la lógica sus puntos de apoyo. El que la conclusión de los medios desde el fin no se tiene en pie es algo completamente evidente".

lutamente deudores y dependientes. Por ello, los intereses reflejos:

i) no resisten en caso de derogación de la medida o norma de que dependen, al contrario de lo que pasa con los derechos adquiridos[29];

ii) no existen ni son protegibles anticipadamente sino sólo una vez se haya apreciado una efectiva infracción de la norma que los reconoce[30];

iii) no exigen una "jurisdicción subjetiva" sino que basta con la "jurisdicción objetiva" (defensa pública o, en su caso, acción popular).

De ahí, que los intereses reflejos como "derechos" provisionales o dependientes, no admitan acción declarativa previa sino sólo de condena *post* perjuicio. De ahí, que incluso, en algunos códigos civiles, no se entiendan en principio reparables[31], y que, en nuestro derecho público, se "contrate" con ellos, en el procedimiento administrativo, sólo en tanto

---

[29] Disposición adicional 1ª del Código civil español.

[30] A. von Tuhr, *Derecho civil* (Madrid, Marcial Pons, 1998), vol. I, págs. 60 y 63-64.

[31] Código civil alemán (trad. C. Melón Infante, Barcelona, Bosch, 1955), parágrafo 823.2.

en cuanto no haya sido derogada la norma de la que son reflejo.

7.3. En este contexto, la "vuelta al pandectismo" no significaría, en la práctica, otra cosa que la recuperación de aquella vieja cautela que, con su característica concisión, formuló, en su célebre "glosa magna", von Tuhr: "la independencia entre ejercicio del derecho e interés tiene gran importancia práctica; permite que el derecho subjetivo tenga precisa delimitación y protege la ejecución de pretensiones contra demoras obtenidas mediante excepciones carentes de fundamento"[32]. Porque, en efecto, una cosa son las excepciones concretas reconocidas en ley –incluso la general que impide el ejercicio de derechos con la intención de *dañar*[33] o con mala fe, según los *usos* del tráfico[34]–; y otra muy distinta el mandato de reorientar, a la vista de las circunstancias, su ejercicio en atención al fin o valor a que, según el intérprete, presumiblemente deben servir.

La dignidad exige libertad pero no hay libertad en un medio inestable, fruto de un marco imprevisible. En efecto, el verdadero

---

[32] A. von Tuhr, *Derecho civil*, cit., vol. III, pág. 516.

[33] Código civil alemán, parágrafo 226.

[34] Código civil alemán, parágrafo 242.

problema, y por tanto el verdadero peligro, está en que con la excusa de transformar los "casos difíciles" en "fáciles", se transformen realmente los "fáciles" en "difíciles"[35].

7.4. En definitiva, es presupuesto esencial del derecho subjetivo la existencia de una vinculación previsible de antemano, lo que implica un concepto estricto de deber. Si las personas son lo que son, porque se les reconoce como portadoras de derechos, y no hay derechos sin reglas firmes, *el grueso de la masa de los ordenamientos jurídicos debería gravitar siempre sobre reglas, y no sobre principios o valores*. En efecto, siempre que la protección de los derechos se condiciona a directrices técnicas o ejecutivas, que subordinan su reconocimiento al valor del interés a que presuntamente sirven, el sistema deriva insensiblemente del derecho subjetivo al de interés reflejo; es decir, de lo categórico a lo hipotético.

7.5. Todo ello, por lo demás, tendría efectos *inesperados*, también "reflejos", sobre el significado que haya que reconocer al oscuro concepto de "orden constitucional" (pág. 371): extraño magma, o especie de "gas" inestable,

---

[35] D. Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2004), pág. 39.

en permanente reequilibrio, de ignota estructura interior, que precisa ser rearticulado, en cada caso, de forma distinta. Un concepto "fuerte" o vigoroso de "orden constitucional", por lo demás, obligaría a "considerar la lesión del derecho fundamental de uno como suficiente para la lesión del derecho fundamental de los demás", de tal modo que, por esta vía, "se llegaría a (reconocer) una participación en la protección de los derechos fundamentales de terceros, que no está cubierta por la *propia* posición iusfundamental material". Procesalmente, todo esto supone algo muy sencillo pero sin duda peligroso: "alguien, que no estuviera materialmente afectado, podría proceder (judicialmente) contra la lesión de derechos fundamentales de alguien materialmente afectado, *aún en el caso de que éste no lo quisiera*" (pág. 379; cursivas nuestras).

8. Observaciones finales

8.1. Toda esta compleja problemática, sería ingenuo pensarlo, no se le ha escapado a Alexy. Al contrario, da buena cuenta de ella en el que, en mi opinión, constituye el capítulo decisivo y, probablemente, más complejo de su magnífico libro: un libro ciertamente difícil pero, por lo general, claro. Me estoy refiendo al capítulo sobre "el derecho general de libertad" (en especial, pág. 370 y sigs.). El

recurso de inconstitucionalidad, dice Alexy y sanciona el Tribunal Constitucional Federal, cumple una "función doble": es "por lo pronto, un recurso jurídico extraordinario concedido (…) al ciudadano para la defensa de sus derechos fundamentales", pero tiene, además, "la función de proteger el derecho constitucional objetivo y servir a su interpretación y desarrollo". En ambas funciones, lo decisivo para su admisibilidad sería siempre, de todos modos, la referencia a un "derecho constitucional subjetivo, pues la Ley Fundamental no admite ninguna acción popular" (pág. 372).

Lo que no se acaba de ver es si es posible mantener una distinción clara entre los derechos subjetivos, así entendidos, y lo que nuestros administrativistas, por ejemplo, vienen llamando "intereses legítimos", para cuya apreciación basta simplemente con la amenaza de algún tipo de perjuicio (indeterminado) moral o patrimonial.

8.2. El derecho subjetivo es algo más que un poder de la voluntad orientado a la defensa del propio interés: es un poder abstracto que fundamenta pretensiones precisas y concretas, es decir, definibles por anticipado. No es precisamente fruto de la casualidad el que el "negocio abstracto" sea una construcción del pandectismo y que, en cambio, la "causa de

los contratos" tenga origen y, por tanto, sea de factura eclesiástica. Un juez, *comme il faut*, es decir, el juez del estado legislativo, no puede ajustar su sentencia a condiciones de naturaleza imprevisible o indeterminada: "la equidad es una divinidad *muda* cuya voz nunca *puede* ser escuchada"[36].

[36] La críptica frase es también de Kant, *Principios metafísicos del derecho*, cit., pág. 44.

LIBROS PUBLICADOS

1. Robert Alexy: *Derechos sociales y ponderación*

2. Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso, y Manuel Atienza: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*

3. Alfonso Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls: *Laicismo y Constitución*

4. Pietro Costa y Benito Aláez Corral: *Nacionalidad y ciudadanía*

5. Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*

6. Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Cadau Pérez: *Consideraciones sobre la prueba judicial*

7. Roberto Romboli y Marc Carrillo: *Los consejos de garantía estatutaria*

8. Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera: *Garantismo espurio*

9. Eugenio Bulygin, Manuel Atienza y Juan Carlos Bayón: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*

10. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, José Luis Piñar Mañas: *El derecho a la autodeterminación informativa*

11. Francisco J. Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*